RODRIGO VALENZUELA CORI

CONFLICTO Y HUMANIDADES

Un ensayo sobre argumentación jurídica

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Rodrigo Valenzuela Cori estudió Derecho en la Universidad de Chile, Licenciatura en Matemática en la Universidad Católica y Lógica y Metodología de la Ciencia en la Universidad de California en Berkeley.

Fue profesor del Instituto de Matemática de la Universidad Católica de Chile y, desde 1982, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, impartiendo durante años la cátedra de Tributación de la Empresa y en los últimos cuatro años el curso de Lógica de las Normas.

En la actualidad, dirige el Departamento de Impuestos de Ernst & Young en Chile y es responsable por los servicios de asesoría tributaria de esa firma en América del Sur.

Ilustración de portada: Cesare Maccari. *Cicerón denunciando a Catilina*. Oleo sobre tela (fragmento).

CONFLICTO Y HUMANIDADES

UN ENSAYO SOBRE ARGUMENTACION JURIDICA

© RODRIGO VALENZUELA CORI

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Inscripción Nº 140.250, año 2004

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de octubre de 2004

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1574-9

RODRIGO VALENZUELA CORI

CONFLICTO Y HUMANIDADES

UN ENSAYO SOBRE ARGUMENTACION JURIDICA

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

INDICE

Prefacio 9

VIDA ACTIVA
1. *In necessitate proximi* 13
2. Hacer el bien o decir la verdad 15
3. El terreno movedizo de la razón práctica 21
4. La argumentación jurídica 26
   Temas para discusión 29

POÉTICA
1. El cuento como argumento 33
2. Qué pasó 37
3. Las herramientas del oficio 46
   Temas para discusión 55

HERMENÉUTICA
1. Qué hace el que interpreta la ley 59
2. Los usos del instrumento 68
3. Hermenéutica 85
   Temas para discusión 90

RETÓRICA
1. La argumentación como acción 93
2. Tres pilares de la retórica 95
3. Las herramientas del oficio 99
   Temas para discusión 115

JUSTICIA
1. Una diferencia que haga una diferencia 117
2. Lo universal y lo particular 125
3. El quiebre de nuestra facultad de juzgar 130
4. El sentido de comunidad 139
5. Imparcialidad y comunicación 156
6. Hacer justicia en un mundo de apariencias 159
Temas para discusión 164

CONFLICTO
1. Espacio público 167
2. Espacio político y espacio policíaco 170
3. La justicia 170
4. Abogacía: el legado de Gorgias 180
Temas para discusión 186

HUMANIDADES
1. La marca de la vida activa 189
2. El espíritu de las humanidades 190
3. La formación del humanista 198
4. El día a día de nuestras escuelas 204

Anexo 211

PREFACIO

Hay tres trampas en la docencia universitaria que tienden a disociar la cultura de la vida, con pérdida para ambas.

En primer lugar, que el alumno reciba respuestas a preguntas que no ha formulado. Sin preguntas vitales, verdadera inquietud más allá de la mera curiosidad intelectual, poca importancia tendrán las respuestas. Educar no es cargar un disco duro. Como decía Aristóteles, en la base del conocimiento está el asombro.

Enseguida, también hay una trampa en que el alumno no mire al mundo para buscar y criticar las respuestas. La tendencia suele ser no mirar, pensar poco y aprender mucho, esto es mucha *materia*, siendo que el orden de importancia de los factores es el inverso: mirar, pensar, saber. Poco interés tiene el conocimiento si no es para comprender el mundo que uno observa y para actuar más eficazmente en él.

Finalmente, el conocimiento se hace aún más estéril y ajeno cuando se da excesivo carácter técnico y de especialidad a cualquier área de la cultura. Lo técnico tiene valor en la medida que esté al servicio de esclarecer problemas y soluciones que importan a todos, no sólo a los técnicos. Tengo la convicción de que si uno no es capaz de explicarle en pocas palabras el tema que está investigando a la primera persona que dé vuelta a la esquina, entonces o bien uno no entiende el tema o bien el tema es un barroquismo intelectual que carece de toda importancia.

Este ensayo nació de la ordenación de ideas que debí hacer para dictar un curso de Lógica de las Normas que me fue

pedido por la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y que he dictado por tres años consecutivos. El tema central que se esperaba vertebrara el curso cuando me fue solicitado era lógica deóntica. Pues bien, la argumentación importa a todos. La lógica deóntica, a los especialistas en lógica deóntica. Y es así como fue tomando cuerpo un curso que en definitiva ha sido sobre argumentación, dejando sólo tres o cuatro semanas para que los alumnos experimenten con el potencial y también con las limitaciones de diversos lenguajes lógicos como instrumentos para evaluar buenas razones para concluir algo. En cuanto a este ensayo, al comienzo pensé incluir un capítulo que se titularía *Lógica*, después consideré relegarlo a un apéndice y al final resolví simplemente eliminarlo.

Este ensayo es una invitación a mirar lo que nos muestra el paisaje de la argumentación jurídica. En seguida, sobre la base de lo visto, damos forma a una perspectiva, tanto acerca de la argumentación como inevitablemente acerca del derecho, diferente de aquella con la que normalmente nuestros alumnos dejan la escuela pero que, a mi parecer, explica mejor lo que ellos observan y lo que se requiere para una acción profesional eficaz.

Habré cumplido con el propósito de este trabajo si, a su término, el lector –sea o no abogado– tiene más preguntas que al inicio; si estima fundamental mirar su entorno y mirarse actuar para encontrar las respuestas; y si reconoce que el tema, mucho más que una especialidad, es parte inseparable de lo que requiere para vivir en comunidad.

El trabajo parte de la pregunta acerca de *qué hace el abogado* y vuelve permanentemente a ella. Esta pregunta directriz incluye la actividad del abogado en su calidad de juez o miembro de un tribunal, en su calidad de litigante y en su papel de asesor. En aquellas cosas que el ensayo destaca como fundamentales, no hay diferencias significativas entre lo que el abogado hace en cualquiera de estas tres funciones. Regresar reiteradamente la mirada a la pregunta directriz es crucial. Teorías coherentes e incluso elegantes acerca de cualquier materia hay infinitas. Teorías que den cuenta de lo que se observa y hagan más efectiva la acción hay sólo unas pocas.

Me hago cargo brevemente de dos comentarios que he recibido tanto en clases como en conversaciones con colegas, los que puedo sintetizar como *rigor* y *postura valórica.*

En cuanto al primero, sucede que me crié intelectualmente en la tradición del positivismo lógico, en lógica matemática, metodología y fundamento de la ciencia. Esa experiencia me sirvió para ver que la sed de rigor puede ser insaciable y conduce con facilidad a desmaterializar la materia analizada al punto de lograr claridad total y certeza absoluta a cambio de perder en el camino todo lo que realmente nos importa acerca del tema. Es así como el positivismo lógico más que refutado fue *trascendido,* dejado atrás por falto de interés, una victoria pírrica. No es que el rigor no interese, pero interesa instrumentalmente sólo hasta donde lo requiera el propósito del analista. Estas ideas darán un cierto tono al ensayo donde a menudo se verán ejemplos más que abstracciones, analogías más que demostraciones y varios comentarios "técnicos" aparecerán relegados a notas de pie de página.

En cuanto a la *postura valórica,* se me ha dicho que describo cómo las cosas son pero sin un planteamiento acerca de cómo debieran ser. No es así. Desde luego, no hay teorización posible acerca del derecho que no conlleve una toma de posición valórica. El derecho busca realizar ciertos valores e, inevitablemente, según cómo lo entendamos serán los valores que pensamos pretende realizar y sobre cuya base podemos formular una crítica de lo observado. En los últimos tres capítulos quedará de manifiesto la postura valórica de este ensayo. Por ahora sintetizaré en un punteo algunos de los planteamientos que el lector encontrará en el camino:

- La argumentación jurídica aspira a la solución de problemas, no a dar cuenta contemplativa de un sistema.
- Aspira a que las soluciones dadas a los problemas se entiendan encarnar normas, principios y valores que comprendemos y compartimos.
- Sin embargo, no existe una lista de normas, principios y valores que, cual punto de apoyo arquimedeano, iluminen nuestras soluciones desde afuera de nuestras prácticas discursivas. Más bien, existen prácticas argumentativas que

permanentemente crean y modifican el lenguaje, los principios y los valores que nosotros comprendemos, compartimos y estimamos dignos de servir de base para resolver nuestros problemas.
- Las características de estas prácticas argumentativas así como del espacio público en que éstas se dan constituyen la justicia de las decisiones resultantes.

Nada de esto es nuevo. Es la visión de lo que llamaremos la cultura de las humanidades. Probablemente la compartiría Heráclito pero no Parménides; Protágoras pero no Platón; Vico pero no Descartes. Esta visión saca al abogado del estrecho marco del técnico en leyes para convertirlo, como diría Vico, en profesional de la sabiduría, de la prudencia y de la elocuencia.

VIDA ACTIVA

Duae sunt vitae, activa et contemplativa. Activa est in labore, contemplativa in requie. Activa in publico, contemplativa in deserto. Activa in necessitate proximi, contemplativa in visione Dei.

Hugo de San Víctor

1. *IN NECESSITATE PROXIMI*

¿Qué hace el abogado? Sea que como litigante defienda el interés de una parte, o como asesor aconseje o como parte de un tribunal falle, en el centro de su actividad está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Así como del médico no se espera una lección de anatomía sino que se pase el dolor por el cual lo visitamos y del constructor no se espera una charla sobre mecánica de suelos sino el puente que resolverá el problema de circulación, del abogado no se espera una clase de teoría de las obligaciones sino el lanzamiento del arrendatario que estaba destruyendo la propiedad.

Pero, además, cualquiera sea la solución que el abogado dé al problema que enfrenta, ella siempre consiste en que otras personas actúen de cierta manera. Aquí el abogado separa su camino de aquel del médico y del constructor. Es cierto que tanto el médico como el constructor pueden requerir del concurso de terceros, por ejemplo enfermeros, anestesistas, personal administrativo de un hospital, o topógrafos, calculistas y transportistas, pero el papel de éstos es meramente instrumental para el logro de una solución que ninguno de ellos discute. El médico no necesita lograr el acuerdo del anestesista acerca de la conveniencia de operar al paciente; el constructor no necesita lograr el acuerdo del transportista de materiales acerca de la conveniencia de instalar un puente colgante. El abogado, en cambio, sí debe ganarse el acuerdo de terceros para que realicen la acción que constituye la solución al problema. Es así

como el litigante debe lograr que el tribunal decida de cierta manera. El asesor debe lograr que terceros no pongan en duda los derechos de su cliente. Y el tribunal debe lograr que los tribunales superiores no reviertan su fallo y, en todo caso, que las partes, y en algunos casos el grueso público, acepten la decisión como aplicación motivada de la ley y de valores compartidos, y no como un acto de mera arbitrariedad y capricho.

En síntesis, el abogado resuelve problemas y lo hace generando aquella acción de terceros que efectivamente los resuelve.

Para visualizar mejor lo dicho, basta contrastar lo que hace el abogado con lo que hace el que trabaja en ciencia básica, digamos el astrónomo. Este no persigue resolver el problema concreto de alguien sino que busca una mejor comprensión de la estructura del universo. Su contribución a la sociedad consiste en compartir su visión enriquecida del mundo. Se espera que nos diga cómo las cosas son, cuál ha sido la historia del cosmos, las leyes físicas que lo rigen, el futuro que le espera. En el lenguaje medieval de Hugo de San Víctor, el astrónomo en soledad busca una visión de Dios, en tanto que el abogado en comunidad y mediante la acción pública busca atender la necesidad del prójimo.

Por cierto que, así como lo hago yo en este ensayo, el abogado puede tomar distancia contemplativa de su propia actividad y reflexionar en soledad acerca de las acciones e instituciones mediante las cuales los abogados resuelven los problemas concretos de las personas. Pero en ese plano ya no actúa como abogado, así como el comentarista deportivo no mete goles y el filósofo de la ciencia no experimenta con ratones.

Lo que se espera del abogado, entonces, es que resuelva problemas concretos, generando el acuerdo o entendimiento necesario para que se realice la acción de terceros requerida. Por lo mismo, se espera de él *un hacer*, no un mero decir como en el caso del astrónomo. Pero esto no quita que el abogado hace *diciendo*. Hace *diciendo los argumentos* con que logra que otros actúen de tal o cual manera. Es con argumentos que el litigante mueve al tribunal; es con argumentos que el asesor hace sostenible ante terceros su consejo al cliente; es con argumentos que el juez motiva su fallo ante las partes, ante los tribunales superiores y a menudo ante el público general. En síntesis, la argumenta-

ción está en el centro de lo que el abogado hace porque es con argumentos que el abogado hace lo que hace, vale decir, es con argumentos que genera la acción colectiva que resuelve los problemas que es su responsabilidad resolver.

2. HACER EL BIEN O DECIR LA VERDAD

Ahora bien, como toda práctica, la práctica argumentativa del abogado está marcada por la finalidad para la cual se practica. Conforme lo exige su vida activa, el abogado no argumenta con la finalidad última de demostrar teoremas o fundamentar teorías, sino con la finalidad última de que se actúe de cierta manera y no de otra ante el problema concreto de alguien que se tiene delante. Si miramos el asunto desde la perspectiva de los ideales, el abogado no argumenta para decir la verdad sino para hacer el bien.

En efecto, como el lector podrá ver más adelante en los casos con que se ilustran los planteamientos de este ensayo, el tribunal no argumenta para decir la verdad del sistema sino que argumenta para que se haga lo bueno ante el problema. En uno de los casos acompañados, por ejemplo, la corte de apelaciones no argumenta para demostrar lo que es evidente en el sistema, a saber que conforme a la ley y a los hechos de ese caso corresponde pena de muerte a una niña que mató a su marido; sino que argumenta para sustentar lecturas discutibles y sesgadas de la ley y de los hechos, todo lo cual le permite evitar la pena de muerte a una muchachita de dieciséis años que fue objeto de humillación y abuso por parte de quien era efectivamente su cónyuge y a quien efectivamente mató.[1]

Pero no he mencionado una complicación. Los terceros cuyo entendimiento y consiguiente acción busca el abogado para que el problema sea resuelto, esperan no sólo una solución para el problema sino una solución que resulte de algo que llamamos *aplicar la ley*. En realidad, por sí sola, esa exigencia en nada complica lo dicho. Pero ocurre que la idea de lo que llamamos apli-

[1] Ver anexo. Guillermina Toledo.

car la ley suele ir acompañada de tres malentendidos que sí dificultan nuestra reflexión acerca de la argumentación jurídica.

El primer malentendido es la creencia de que *el derecho está dado.* Desde esta perspectiva, la ley dice lo que dice y lo decía para casos como éste incluso desde antes que se presentara el problema, todo conforme lo declaró en ella la voluntad soberana mediante un acto del poder legislativo constituido por representantes electos de la ciudadanía. Mal podrían posteriormente modificar el sentido o alcance de la ley quienes no son representantes de la voluntad popular sino meramente funcionarios designados, miembros de otro poder del Estado.

El segundo malentendido es la creencia de que *los hechos están dados.* Conforme a esta visión de las cosas lo único que se espera haga un abogado con los hechos es averiguarlos y probarlos, descubrirlos y acreditarlos.

Y el tercer malentendido es la creencia de que, a partir del derecho que estaría dado y de los hechos que estarían dados, el abogado argumenta –o razona– conforme a *un método* que, en cuanto tal, lo conduce inevitablemente a la conclusión que resulta de ese derecho dado y de esos hechos dados. En otras palabras se espera que, ante hechos similares y con igual ley vigente, dos jueces no debieran sino fallar en igual sentido, a menos que uno de ellos esté errado o actuando de mala fe. Podríamos decir que, desde esta perspectiva, la conclusión también *está dada.* Está *lógicamente* dada, aun cuando se requiera de un proceso sicológico para descubrirla.

Estos tres malentendidos dificultan nuestra reflexión acerca de la argumentación jurídica, distorsionando nuestra comprensión de lo que vemos y de lo que hacemos. Estos malentendidos nos hacen creer que el abogado argumenta para algo diferente de aquello para lo cual en el hecho argumenta y, como es obvio, si nos equivocamos acerca de la finalidad para la cual existe una herramienta como lo es la herramienta discursiva con que el abogado logra cierta acción de otros, nos equivocaremos entonces en nuestra reflexión acerca de la naturaleza de la herramienta. Estos tres malentendidos nos hacen creer que el abogado, al igual que el astrónomo, argumenta para decir la verdad del sistema y no para hacer el bien ante el problema.

Pero, como la vida es sabia, los jueces en la acción profesional hacen lo que hay que hacer, cualquiera sea la posterior reflexión de sobremesa que haga la academia acerca de lo acontecido. Y es así como nos encontramos allá afuera con sentencias judiciales cuyos argumentos simplemente no se entienden si se los mira a través del prisma de estos tres malentendidos. Pareciera que en ellas el derecho fue entendido de una manera que nadie podría decir estaba *dada*; que los hechos fueron presentados y valorados de una manera que tampoco estaba *dada*; y que el discurso conducente a la conclusión no tuvo la inevitabilidad *dada* de un método sino la flexibilidad oportunista de una conversación sensible al contexto.

Comentaré algunas sentencias más adelante, bastando por ahora un ejemplo imaginario pero útil para ilustrar lo dicho.

La nieta de cinco años pregunta al abuelo si está bonita y supongamos que el caso es que está fea. El abuelo le responde que está bonita despachándola con un beso, acto por el cual es llevado ante el tribunal de la familia acusado de haber infringido la antigua y respetada norma del clan que prohíbe mentir. Tal como observamos en la realidad de las decisiones judiciales, podría ser que el tribunal condene motivando su sentencia con argumentos evidentes, y también podría ocurrir que el tribunal absuelva, tomando un camino argumentativo diferente que es el que exploraré. En este segundo escenario, el tribunal podría argumentar, por ejemplo: i) que mentir es dar información falsa a sabiendas; ii) que a menudo una pregunta y su respuesta tienen la apariencia de constituir un pedido de información y la entrega de ella, pero en realidad constituyen una interacción diferente entre las personas, como cuando alguien en la mesa pregunta a otro si le podría pasar la sal, caso en que una respuesta negativa no es una mentira acerca de las propias capacidades físicas para pasar el salero sino una expresión de mala voluntad; iii) que en la situación analizada, precisamente, con su pregunta la nieta no estaba pidiendo información sino una caricia sicológica, de modo que la respuesta no fue un caso de falsear datos sino que fue la caricia pedida; iv) que la norma que prohíbe mentir no puede entenderse de manera que atente contra la convivencia y sano desarrollo de la familia, impidiendo aquellas expresiones con que los mayores reafirman la

autoestima de los menores y que no cabe medir en términos de mentira y falsedad, y v) que, por lo tanto, sólo hubo una apariencia de mentira pero en realidad el abuelo no mintió, y queda absuelto.

Quisiera destacar algunas características de la argumentación del tribunal:

- Está marcada no por la finalidad de decir la verdad del sistema sino por la finalidad de hacer lo que el tribunal estimó ser el bien ante el problema. Como ocurre en el análisis de sentencias reales, dicha finalidad queda de manifiesto porque es evidente que, de no haber el juez tenido que enfrentar este caso concreto, no se le habría siquiera ocurrido pensar que una falsedad no es una mentira si responde a una pregunta que busca una caricia y no información. Más bien, la argumentación recién nace a este mundo, en forma y contenido, gracias a la necesidad de conciliar la verdad del sistema con lo que es una opción tomada por el bien ante el problema.
- El tribunal no se ha contentado con dar cuenta de datos averiguados y probados, sino que *ha redescrito los hechos narrándolos* de una manera tal vez inesperada pero que nos resuena, entendible y creíble, además de ser armónica con la decisión de absolver. Los hechos, así redescritos, son que la niñita se acercó a su abuelo en busca de reafirmación, la cual el abuelo le dio. Este relato no sólo presenta lo acontecido de una manera en que resulta difícil hablar de verdades y mentiras, sino que además trae a nuestra conciencia ciertos valores que aceptamos como son la delicadeza, la protección de la inocencia o, simplemente, las buenas maneras.[2]

[2] Es interesante observar cómo la narrativa no forma parte de lo que cualquier abogado entendería por "argumentación", a pesar que ella constituye parte fundamental de la acción discursiva mediante la cual el abogado logra la acción que busca de terceros. La *unidad natural de estudio* que nos interesa es el conjunto de medios discursivos con que el abogado, ante un problema concreto que requiere solución, motiva una respuesta de terceros a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema concreto. A esta unidad de estudio así entendida llamaré "argumentación". Como nos lo muestra la realidad cotidiana (y el ejemplo de la nieta), esta unidad no incluye solamente formas inferenciales de discurso sino, también, entre otras cosas, la narración direccionada de los hechos.

- La argumentación del tribunal de la familia no sólo ha redescrito los hechos, sino que también ha reformulado el contenido de la norma de no mentir. A este efecto, ha hecho uso de ciertas ideas que compartimos, por ejemplo la distinción entre *lo real* y *lo aparente*, como cuando hablamos de "democracia real" y "democracia aparente", o de "compromiso real" y "compromiso aparente" o, en este caso, de "mentira real" y "mentira aparente".[3]
- Hechas las dos redescripciones antedichas, el tribunal queda en condiciones de conciliar el bien que se hace con la verdad que se dice, afirmando que, a la luz de los hechos (redescritos por el tribunal) y de la norma (reformulada por el tribunal) se aplica la norma a los hechos, resultando que el abuelo no ha mentido. Pero, tal vez consciente de lo inesperado de su decisión, reafirma su planteamiento refiriéndose a ciertos principios y prácticas que valoramos, tales como las expresiones con que los adultos reafirman la autoestima de los niños.
- Finalmente, como es obvio, no existe para este caso una única solución que aparezca a todos los tribunales como la más adecuada. No todos conciben de igual manera lo que es bueno ante una situación concreta. No todos los hombres tienen la misma respuesta ante la pregunta sobre *qué hacer* frente a un problema concreto. El obispo de la película "Fanny y Alexander", de Ingmar Bergman, habría sin duda resuelto que lo bueno era decirle a la niña que está fea, para forjar su carácter en el respeto a la verdad por encima de toda otra consideración. Entonces, su lectura de los hechos, de la ley y de los valores a proteger habría sido diferente. Otra es la situación del astrónomo que, al no ocuparse de responder a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema sino a la pregunta acerca de *cómo es* un sistema, sabe que una sola demostración correcta de la trayectoria de un cometa valdrá para todo físico que analice el tema.

Este ejemplo ilustra cómo un abogado argumenta para hacer el bien ante el problema, sin que esa finalidad se contra-

[3] Técnica retórica conocida como "disociación".

ponga a lo que podemos entender y aceptar ser *aplicación de la ley*. Pero si somos víctimas de los tres malentendidos que he descrito, si bien el buen abogado en su acción profesional igual argumentará como argumenta, seremos nosotros quienes no comprenderemos lo que él hace y –según he observado con frecuencia– caeremos en una actitud condenatoria que nos impedirá *ver*. Diremos que tal sentencia es mala o que tal argumentación no es correcta porque no se adecua a nuestros prejuicios sobre el buen razonar. Este ensayo es una invitación a dejar de lado esos prejuicios y abrir el espíritu a lo que la experiencia acumulada de milenios ha ido decantando en la forma de prácticas sabias y efectivas.

Al comienzo de este capítulo nos preguntábamos qué hace el abogado. Respondimos que resuelve problemas concretos de alguien mediante una argumentación que logra de ciertos terceros la acción necesaria para producir la solución buscada. Su argumentación se apoya en la ley, pero no para dar cuenta del sistema sino para dar determinada solución al problema. A este efecto, el tribunal de nuestro ejemplo no buscó dar cuenta de lo que ha sido hasta hoy en la familia *el sentido de la norma* que prohíbe mentir, sino que buscó proponer una nueva manera de entenderla para dar al problema *una solución que tenga sentido*. Dicho de otro modo –y esto vale para la argumentación de todo abogado, sea en su calidad de juez, litigante o asesor–, la argumentación del tribunal no es una demostración acerca de cuáles son las actuales reglas de convivencia sino que *es una propuesta política* acerca de cómo debiéramos seguir conviviendo dadas las complejidades inesperadas del mundo que se han hecho patentes con el problema que tenemos delante. Es el sello de la vida activa del abogado. Volveremos sobre este tema crucial hacia el final del ensayo.

He querido señalar, con el apoyo de un ejemplo sencillo, cómo la práctica argumentativa del abogado está marcada por la naturaleza activa y no contemplativa de su vida profesional. Esto es, cómo la argumentación del abogado se ve determinada por el hecho que su finalidad última no es demostrar teoremas o fundamentar teorías, sino lograr que la comunidad actúe de cierta manera y no de otra ante el problema concreto de alguien que se tiene delante; cómo el abogado no argumenta

para decir la verdad sino para hacer el bien; cómo, por lo mismo, su argumentación es *una propuesta* a la comunidad acerca de la manera en que debiéramos entender nuestra tradición normativa, propuesta que, en su calidad de tal, puede y debe tener sentido pero nunca tendrá fundamento.

...“Pero nunca tendrá fundamento”. Estas últimas líneas nos llevan al tercer y último tema que quiero tratar en este capítulo.

3. EL TERRENO MOVEDIZO DE LA RAZON PRACTICA

Hemos visto que el abogado busca dar solución al problema concreto que tiene delante, generando con su argumentación a la vez convicción personal y aceptación de los terceros cuya acción es necesaria para que la solución se produzca. Por lo mismo, lo que el abogado persigue con su argumentación no es un decir sino un hacer: que los involucrados actúen de cierta manera, por ejemplo que el juez falle en un determinado sentido, que el tribunal superior no revierta el fallo, que la autoridad administrativa autorice un cierto proceder, etc.

Es así como la argumentación del abogado constituye siempre una respuesta a la pregunta acerca de *qué hacer* ante una situación concreta, y es en este sentido que decíamos que dicha argumentación es una propuesta política acerca de cómo seguir conviviendo. *¿Qué hacer* ante la parricida de dieciséis años condenable a muerte por haber asesinado a un marido que abusaba de ella y la humillaba? Como veremos en su momento, la argumentación de la corte fue una propuesta de que entendamos el delito de parricidio de manera tal que no incluya situaciones como la de la afectada. *¿Qué hacer* ante la nieta que está fea y pregunta si está bonita? La argumentación del tribunal de familia es una propuesta acerca de cómo entender más humanamente el disvalor que es mentir frente a otros valores que en ciertos casos ameritan una protección preferente.

La argumentación del abogado, entonces, no tiene por fin responder a una pregunta acerca de cómo las cosas son sino a la pregunta sobre qué hacer. La argumentación que sustenta *cómo las cosas son* ha tenido a lo largo de la historia una suerte

diferente a la argumentación que sustenta una *propuesta de acción*, una propuesta sobre *qué hacer*. A este último tipo de argumentación podemos llamar *argumentación práctica*, que es aquella que, como hemos visto, domina la actividad del abogado. En ambos casos se ha tratado de distinguir entre buenos y malos argumentos; entre buenas y malas razones *para creer* algo y entre buenas y malas razones *para actuar* de cierta manera.

En lo referente a demostrar o sustentar cómo las cosas son, se han desarrollado las más diversas herramientas que dan fundamento legitimador a la argumentación correspondiente: la lógica demostrativa, la experimentación controlada, las técnicas de muestreo y análisis estadístico. En la medida que se argumente sobre la base de dichas herramientas, se entiende fundada la conclusión.

En cambio ha ocurrido que, a pesar de venirse debatiendo el tema durante milenios, no se ha logrado aún acuerdo acerca de qué constituye una argumentación práctica legítima, esto es, legitimadora de la acción que sustenta. ¿Es *fundamentada*, por ejemplo, la argumentación que apoyó al abuelo en su respuesta a la nieta? ¿O es más bien antojadiza, caprichosa, arbitraria? ¿O ni lo uno ni lo otro, siendo tal vez una argumentación legitimadora pero no fundante? En otras palabras, ¿fueron buenas razones las del abuelo para resolver el problema que tuvo delante de la manera que lo hizo? O también –pregunta muy interesante–, ¿había igualmente buenas razones para actuar de manera contraria a como resolvió actuar el abuelo? De más está decir que estas dudas no se plantean ante una demostración matemática o ante la descripción de un experimento, de sus resultados y de lo que de ello se concluye conforme a la física teórica vigente. El lector tendrá oportunidad también de formarse su propia opinión sobre la fundamentación o motivación de los fallos que se acompañan a este ensayo, varios de los cuales han sido objeto de admiración por su importancia jurídica.

El fondo del problema radica en el hecho que la pregunta acerca de *qué hacer* exige optar entre *fines contrapuestos*. ¿Protegemos la inocencia de la niña abusada y humillada, o bien protegemos el respeto a las reglas democráticamente generadas entre las cuales está haber asignado pena de muerte al asesinato de un cónyuge? ¿Respetamos el principio de no mentir o protegemos la autoestima de una niña?

Para aclarar la dificultad que plantean los fines contrapuestos, es importante distinguir entre dos preguntas muy diferentes, ambas atingentes a lo práctico, cuales son *qué hacer* y *cómo hacerlo.*

La pregunta *cómo hacerlo* es una pregunta técnica, instrumental, acerca de los medios idóneos para lograr una finalidad de antemano acordada. *¿Cómo* construyo un puente de tales características en este lugar? Si los medios para lograrlo son varios y contrapuestos, se optará simplemente por *aquel medio que arroje en mayor grado la finalidad* que se busca, por ejemplo el puente de menor costo que una tal lugar con tal otro y que cumpla con tales requisitos de capacidad. La respuesta es una respuesta técnica, fundada en los conocimientos pertinentes, más allá de toda discusión. Se dirime entre los medios alternativos y contrapuestos midiendo sus respectivos costos y optando por el más barato que cumpla con los requerimientos técnicos.

La pregunta *qué hacer*, en cambio, pone en tela de juicio los fines mismos, no los medios para lograrlos. ¿Queremos el puente o es preferible usar los mismos limitados fondos para construir un colegio? Ahí entramos en un terreno más parecido al del abuelo con su nieta o al de la niña parricida. Como podemos constatar a diario en la prensa, no es fácil resolver discusiones sobre fines. Ya no es cosa de escoger el medio que arroje en mayor grado el fin que se busca, sino que es previo decidir cuál es el fin que se busca.

Una solución que viene –e históricamente ha venido– de manera natural a la mente, es tratar de mirar los fines contrapuestos que se persiguen no como fines en sí sino, a su vez, como medios para lograr un fin único ulterior sobre el cual estamos de acuerdo. Por ejemplo, queremos tanto el puente como el colegio, *para* aumentar lo más posible el ingreso per cápita de la zona durante los próximos cinco años. O sea que nuestro verdadero fin, indiscutido, es el aumento del ingreso per cápita. Frente a este fin ulterior, el puente y el colegio ya no son verdaderos fines contrapuestos sino que son meros *medios* contrapuestos. Entonces habría que elegir entre puente y colegio midiendo conforme a parámetros técnicos cuál arrojará en mayor grado el ingreso per cápita a lograr en cinco años, el puente gracias a la mayor actividad económica que generará

la conexión vial o el colegio gracias a la mayor productividad que la educación hará posible. De este modo, entonces, y en términos generales, podríamos convertir los fines contrapuestos en meros medios contrapuestos cuya mayor o menor contribución a un fin último puede ser *medida y comparada.* Vale decir, esto haría que nuestros fines iniciales sean *conmensurables.* Si los fines son conmensurables, la argumentación para optar por uno y no por otro es de la misma naturaleza y se sujeta a las mismas exigencias de fundamentación que la argumentación instrumental para optar por un medio en lugar de otro. Dicho de otro modo, si los fines fueran conmensurables no habría diferencia entre la argumentación con que el ingeniero sustenta un consejo técnico y aquella con que el abogado sustenta un consejo o una decisión jurídica.

Tal vez el debate más antiguo sobre la conmensurabilidad de los fines es aquel entre Protágoras y Sócrates narrado por Platón. En pocas palabras, la trama esencial del diálogo es la siguiente. Se discute si es enseñable la virtud política, aquella que trae consigo un actuar prudente y excelente en los asuntos del Estado. Desde la perspectiva de Sócrates, esto equivale a preguntarse si existe una ciencia o técnica que permita distinguir entre buenas y malas decisiones políticas. En otras palabras, si existe una ciencia o técnica que permita responder fundadamente a la pregunta acerca de *qué hacer* ante situaciones concretas. Si así fuera, entonces la argumentación de quién sostiene un planteamiento político sería de la misma naturaleza de la argumentación de quien defiende un consejo técnico. La argumentación del abogado sería igual en su naturaleza a la del ingeniero.[4]

[4] La técnica *(techne)* que busca Sócrates es *universal, explicativa* y *enseñable.* En efecto, como dice Aristóteles, se alcanza la techne "cuando a partir de muchas nociones obtenidas por experiencia, se viene a parar a un concepto único y universal, aplicable a todos los casos semejantes" (Aristóteles, Metafísica 981ª). Además, la techne *permite explicar por qué* se toma una decisión y no otra. "[...] los versados en el arte (*techne*) conocen las razones de las cosas[...] conocen el porqué y la razón de las cosas" (Aristóteles, Metafísica 981ª). Y, por lo mismo, *es enseñable.* "Se añade a esto, además, que es una prueba de la posesión de la ciencia la capacidad de enseñarla. [...] los hombres versados en un arte (*techne*) pueden enseñarlo..." (Aristóteles, Metafísica 981b).

Sócrates percibe que la existencia de tal ciencia o técnica depende de que los fines alternativos entre los cuales se necesita decidir puedan pesarse o medirse conforme a un único criterio por todos aceptado. Si existe esa vara única contra la cual medir las bondades de diferentes alternativas de acción –vale decir, si las alternativas son conmensurables– entonces la virtud política se reduce a una ciencia o técnica de medición o peso. Sócrates propone como medida única aquella del dolor y el placer. Vale decir, ante la disyuntiva de tomar una u otra decisión frente a una situación, hay que determinar cuánto placer dará una y cuánto la otra. La opción racional es aquella que da más placer. Sócrates concluye en los siguientes términos: "Entonces, mis amigos, viendo que la salvación de la vida humana consiste en elegir correctamente entre placeres y dolores –en escoger lo que es más por sobre lo que es menos, lo mayor por sobre lo menor–, ¿no debe esta medición consistir en considerar el exceso, el defecto y la igualdad entre alternativas? [...] Y esto, por referirse a la medición, ¿no debe ser un arte o una ciencia?".[5]

Una vara de medir tan hedonista como la del placer y el dolor puede ser discutida (amén de ser sorprendente en Platón), pero lo importante no es la vara misma escogida sino el planteamiento implícito de que la existencia de un criterio único de medición –cualquiera que este sea– es condición necesaria para reducir la razón práctica a una técnica o ciencia. Esto es, si los fines son conmensurables, entonces el razonamiento y argumentación que el abogado haga sobre ellos será de la misma naturaleza que la del ingeniero. En el fondo, la conmensurabilidad no hace sino responder de manera única a la pregunta sobre qué hacer, diciendo que hay que maximizar una determinada cantidad (de placer, utilidad, legalidad, etc.). Así aclarado el fin último de todas las acciones, sólo queda en manos de los hombres resolver el cómo hacerlo. Toda disyuntiva se transforma en técnica. Fue el sueño del utilitarismo.

De más está decir que la conmensurabilidad de nuestros fines no parece ni posible ni tampoco deseable. ¿Cuánta discusión filosófica se requeriría para llegar –si es que fuere posi-

[5] Platón, *Protágoras*...

ble hacerlo– a alguna decisión fundada acerca de si produce más placer decir a la nieta que es bonita o decirle la verdad? Pero como estamos en el mundo de la acción con un problema concreto y actual a resolver, no podemos dejar a la nieta esperando que decante algún diálogo centenario entre escuelas filosóficas antes de responderle. Tampoco podemos hacer esperar a las partes de un litigio ni al cliente que busca consejo. La situación del abogado siempre requiere acción aquí y ahora. Además, aun existiendo acuerdo acerca de una única medida de valor que pretenda hacer conmensurables todos los fines, es evidente que diferentes pensadores bien podrían llegar a diferentes conclusiones respecto de cuál medio la maximiza mejor. Por último, aun si fuera posible hacer realmente conmensurables todos nuestros fines conforme a una única medida de valor y estuviera en nuestro poder modificar con esa herramienta conceptual nuestra forma natural de decidir acciones, no es claro que siquiera *queramos* llegar algún día a medir con una misma vara la pérdida de un hijo contra el aumento de un sueldo, o el crecimiento económico contra tres mil muertos dejados en el camino.

4. LA ARGUMENTACION JURIDICA

Este es un ensayo sobre argumentación jurídica. El abogado no argumenta por argumentar. Argumentar para lograr ciertas cosas. Dicho de otro modo, la argumentación no es un fin en sí, sino un medio, un instrumento, una herramienta. Para comprender una herramienta es necesario comprender primero para qué se usa esa herramienta, con qué finalidad. Mal podría un marciano hacer una teoría útil acerca de *la cuchara* si no supiera, primero, que aquí en la Tierra tenemos boca, que bebemos líquidos, que a menudo nos gusta beberlos con la mano sin ensuciarnos. Una vez entendido eso y mucho más, estará en condiciones de formular una teoría que explique las cucharas que hay e incluso que permita construir cucharas mejores, esto es, más eficaces para su finalidad.

Así, entonces, para formular útilmente una teoría acerca de esa herramienta que es la argumentación jurídica, es necesario

entender primero para qué se usa dicha herramienta, esto es, para qué argumenta el abogado. Es lo que hemos hecho en este primer capítulo.

Hemos visto que el abogado no argumenta simplemente para producir un texto o discurso que sea correcto conforme a ciertos parámetros teóricos, sino que argumenta para que se produzca determinada solución para el problema concreto que tiene delante. En otras palabras, la argumentación del abogado está marcada por el hecho que no pretende meramente dar cuenta descriptiva del mundo y sus leyes, sino que busca intervenirlo, siendo su único norte el resultado de esa intervención. Esto es, su argumentación es un hacer y no un mero decir. Marca además su argumentación el hecho que esa intervención en el mundo es una intervención que sólo puede lograr a través de la acción de otros que están en posición de rechazar su propuesta. Y marca finalmente su argumentación el hecho que la acción de esos otros requiere que ellos acepten unos fines en lugar de otros, siendo unos y otros fines inconmensurables.

Habiendo aclarado la finalidad de la herramienta, podemos ahora abocarnos a entenderla. Habiendo aclarado para qué argumenta el abogado, estamos en condiciones de analizar la herramienta al servicio de dicha finalidad, herramienta que conocemos como *argumentación jurídica.*

¿Cómo argumenta el abogado, entonces, con miras a lograr la acción de otros para que el problema concreto que se tiene delante sea resuelto conforme a determinados fines?

La pregunta tiene tres lecturas, a saber: i) cuáles son los instrumentos que *en el hecho* usan los litigantes, asesores y jueces para argumentar; ii) cuáles son en teoría los instrumentos *más eficaces* para lograr la finalidad perseguida, esto es, para lograr determinada acción de parte de terceros, y iii) cuáles son los instrumentos argumentativos *legítimos* para sustentar decisiones de acción. Con la primera lectura buscamos comprender el mundo tal como es; buscamos una explicación satisfactoria de lo que en el hecho observamos en la argumentación de litigantes, asesores y jueces, sean esas prácticas eficaces o poco eficaces, legítimas o ilegítimas. Con la segunda, buscamos eficacia en nuestra argumentación; buscamos un planteamiento acerca de qué instrumentos discursivos mueven efectivamente a los hom-

bres a la acción, sean o no sean esos los instrumentos que en el hecho se emplean, sean o no sean legítimos. Y con la tercera, buscamos hacer un juicio de valor; buscamos discriminar entre instrumentos argumentativos legítimos e ilegítimos conforme a algún criterio por definir, sea cual fuere la coincidencia de unos y otros con los que en el hecho se emplean o con los que son teóricamente más eficaces.

En este ensayo planteo que la respuesta a las tres preguntas es la misma. Vale decir, son *los mismos* instrumentos argumentativos *los que en el hecho se utilizan, los que tienen mayor eficacia* y a la vez *los más valiosos* para el buen desarrollo de nuestra vida comunitaria. Puede ser este un planteamiento sorprendente para quienes se han dejado llevar por la interminable y milenaria mala prensa de que han sido víctimas los abogados y sus prácticas argumentativas, desde la crítica de Platón a Gorgias hasta las series judiciales de televisión.

Pasemos ahora al análisis de estos instrumentos argumentativos. Me referiré a ellos en los tres capítulos siguientes. Si me atuviera a la nomenclatura tradicional, titularía dichos capítulos *Los Hechos, El Derecho* y *La Lógica.* Pero ese vocabulario lleva implícita una complicidad con los tres malentendidos antes descritos y que quiero evitar, esto es, que los hechos estarían dados, que el derecho estaría dado y que el proceso discursivo por el cual se pasa desde esos hechos y derecho a la conclusión estaría también dado. Como ya he insinuado, el trabajo discursivo del abogado no es tanto de *descubrimiento* de hechos, derecho y argumentos como lo es de *creación* de los mismos. Para destacar el carácter creativo de esa actividad, me he alejado de la nomenclatura tradicional que insinúa referir tres cosas –hechos, derecho y lógica– que estarían allá afuera, dadas, ante las cuales el abogado, cual astrónomo ante los planetas, no podría sino dar cuenta objetiva, descomprometida. Me parece más fiel a la realidad denominar las tres herramientas discursivas del abogado de manera que centre nuestra atención no en cosas que estarían dadas allá afuera sino en la *actividad* del abogado con ellas, esto es, en su *trabajo* con los hechos, su *trabajo* con el derecho y su *trabajo* con los terceros de quienes depende se resuelva el problema. Es así como he denominado las tres herramientas y sus respectivos capítulos: *Poética, Hermenéutica* y *Retórica.*

TEMAS PARA DISCUSION

He agregado al final de cada capítulo, bajo el título *Temas para Discusión,* algunas preguntas, planteamientos, ejemplos y comentarios, para compartir con el lector algo de la manera en que he trabajado estos temas con alumnos en clases.

1. Guillermina Toledo Manríquez celebró matrimonio con Humberto Mora Torres el 5 de enero de 1961 y lo mató de dos balazos el 27 de diciembre de 1962.

   El artículo 390 del Código Penal dispone que "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate [...] a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de [...]". En esa época, el parricidio estaba sancionado con pena única de muerte.

   El juez del crimen dictó sentencia condenatoria por parricidio. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y condenó por homicidio a tres años y un día.

   Leer en el Anexo el fallo de la Corte de Apelaciones. Analice los considerandos de la sentencia hasta formarse una opinión acerca de la finalidad para la cual argumentó la corte. ¿Argumentó para dar cuenta de lo que decía el sistema o para resolver un problema? Por ejemplo:

   – ¿Qué cree usted que motivó al tribunal a buscar una acepción de la palabra "cónyuge" diferente a la civil? ¿Fue porque entenderla conforme a su acepción civil introducía una incoherencia en el sistema legal chileno, o fue porque quería encontrar para el problema una solución que no pasara por condenar a muerte a la niña?
   – ¿Qué motivó al tribunal a afirmar que no es aplicable el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales conforme al cual si en un juicio criminal se suscita cuestión sobre la validez de un matrimonio, dicha cuestión será resuelta previamente por el juez civil? ¿Fue porque el sistema exige que la norma del artículo 173 no se aplique si está en juego la aplicación del artículo 390 del Código Penal? ¿O fue para hacer posible un fallo que resolviera el problema de una manera que liberara a Guillermina Toledo de la pena de muerte?

- ¿Hay en las narraciones de hechos o en el lenguaje mismo de los considerandos, indicios de que la corte esté preparando el camino para liberar a Guillermina Toledo de la pena de muerte?

2. La principal tarea del juez es dar al problema concreto que tiene delante una solución que tenga sentido. Comente, considerando ejemplos concretos como los siguientes:

a. El letrero dice "Se prohíbe dormir en la estación bajo castigo de multa". Un turista cansado que espera sentado el tren de la una de la mañana, cabecea y se duerme unos segundos.

b. El letrero dice "Se prohíbe entrar al recinto con perros". Una persona entra con una oveja. En un caso, supongamos que el recinto es una exposición de gatos. En el otro caso, supongamos que el recinto es un hospital. El letrero es el mismo.

3. Imagine los argumentos de cada parte en los siguientes escenarios:

   a. Padre y madre argumentan, desde posturas opuestas, acerca de dar o no permiso a su hija de dieciocho años para ir a mochilear al norte por una semana con unas amigas de la misma edad.
   b. Parlamentarios argumentan, desde posturas opuestas, acerca de legislar para permitir matrimonios del mismo sexo.
   c. Ministros de una corte argumentan, desde posturas opuestas, acerca de si es aplicable a los detenidos desaparecidos la figura del delito continuo de secuestro.
   d. Dos estudiantes de colegio discuten, desde posturas opuestas, si el número 987.654.321 es primo.
   e. Dos físicos discuten, desde posturas opuestas, si el universo se seguirá expandiendo sin límite o si vendrá después una contracción.
   f. Dos cientistas sociales discuten, desde posturas opuestas, si el incremento en frecuencia y violencia de los actos terroristas afectará la propensión al ahorro de los particulares.
   g. Dos cazadores discuten, desde posturas opuestas, acerca de cuál es el camino para salir del bosque.

Responda las siguientes preguntas:

- ¿Qué diferencia ve entre las primeras tres disputas y las últimas cuatro, que pueda afectar la forma de argumentación?
- ¿Todas o algunas de las disputas antedichas tienen una única solución correcta? ¿Por qué?

POETICA

Como la barbarie es la era del hecho, es necesario que la era del orden sea el imperio de las ficciones, pues no hay poder capaz de fundar el orden por la sola represión de los cuerpos por los cuerpos. Se necesitan fuerzas ficticias.

Paul Valéry

1. EL CUENTO COMO ARGUMENTO

Sorprende que al hablar de *argumentación* nunca se incluya como parte de la misma la narración de los hechos del caso, siendo que es de los instrumentos más efectivos para lograr el entendimiento y, por esa vía, el asentimiento de otros. Desde el niño que se defiende explicando a su madre que él *sólo* estaba jugando y *se* cayó el florero; a la pareja que discute, narrando cada uno diferentemente el incidente de la discordia; a la Corte de Apelaciones que en los considerandos de la sentencia describe breve y asépticamente la muerte de la víctima, pero relata con riqueza de detalles que llaman a conmiseración los acontecimientos que llevaron a la parricida a matarlo;[6] todos ellos, consciente o inconscientemente, utilizan la narración de los hechos como un instrumento discursivo más, con el cual buscan lograr el entendimiento y consiguiente asentimiento de su auditorio.

Por este motivo, incluiremos la narración entre los instrumentos que componen la argumentación.[7] Entender así la narración permite comprender mejor el campo completo de nuestro interés, vale decir, permite comprender mejor esa *unidad natural*

[6] Ver anexo. Guillermina Toledo.

[7] Etimológicamente, *argüere* significaba *alegar*, acto complejo que no tendría por qué excluir cómo los hechos se narran durante el alegato. Pero, en todo caso, lo que busco no es corrección etimológica sino reconocer, para su mejor análisis, la unidad de un campo de la práctica discursiva.

de estudio que es la totalidad de la actividad discursiva con que el abogado genera tanto su propia convicción personal como también el entendimiento y la acción de terceros, todo ello para resolver los problemas que es llamado a resolver.[8]

No reconocer que la narración es argumentación, es algo que obedece a dos errores comunes, uno respecto de qué es narrar y el otro respecto de qué es razonar o argumentar. El primer error es pensar que la narración de hechos es o podría llegar a ser una transmisión objetiva de información. Pero no es así. Si así *fuera*, entonces, claro está, mal podría la narración haber sido una argumentación –esto es, un razonamiento que busque guiar el entendimiento del otro acerca de la situación– puesto que ella no sería más que *un dedo que apunta* a la situación, que tan solo la señala sin agregar nada a su comprensión. Y el segundo error es creer que el único medio *racional* de que disponemos para comprender las cosas es la ilación de inferencias a partir de algún punto de apoyo inicial, siendo que el simple *cuento* es uno de los medios más antiguos y efectivos con que el hombre logra la comprensión de muchas cosas.

Ilustraré lo dicho con las siguientes dos narraciones alternativas referidas a una misma situación:

- Un narrador relata lo siguiente: María lleva años haciendo clases en cinco colegios para poder juntar un ingreso mínimo con que mantener a su familia y a diario prepara clases hasta tarde en la noche para dar lo mejor de sí a sus alumnos. Juan, que proviene de una familia de muchos recursos, está llegando normalmente tarde a clases, distrayendo a sus compañeros y siendo insolente con María

[8] Queda fuera de esta unidad natural de estudio la negociación de intereses contrapuestos porque no logra la acción mediante entendimiento sino mediante la búsqueda de un equilibrio estratégico de conveniencias, lo que constituye una aproximación a la solución de problemas diferente a la pertinente en el contexto de nuestro interés. Ha habido estudios que buscan colocar en un mismo marco teórico los procesos generadores de entendimiento y los procesos de negociación pero, para los fines de este ensayo, dichos planteamientos constituirían una digresión poco productiva por no ser más que marginalmente pertinentes en los contextos del accionar judicial, de litigio o consejo que nos ocupan. (Ver, por ejemplo, "Negotiation, Persuasion and Argument" de Chris Provis en *Argumentation*, volumen 18, N°1, 2004).

cuando ella intenta restablecer el orden. Ante un llamado de atención esta mañana, Juan respondió públicamente a María: "¿Sabe? Yo no necesito las cosas que usted habla y además primero aprenda a ser profesora". María pide al director del colegio que Juan sea castigado severamente.

– Otro narrador relata lo siguiente: Desde la separación de sus padres en marzo, a Juan se le ha visto bastante triste, desmotivado y algo agresivo. Llega a menudo tarde al colegio, no se concentra en clases y distrae a los demás. Por su parte, María siempre ha sido muy puntillosa con la disciplina y el orden, aplicando una política de tolerancia cero y perdiendo fácilmente la paciencia ante el menor atraso, incumplimiento o informalidad de sus alumnos. Ella no ha hecho excepción alguna con la situación especial de Juan y reiteradamente durante el año le ha llamado duramente la atención hasta por el menor de los desórdenes. Ante un llamado de atención esta mañana, Juan le respondió: "¿Sabe? Yo no necesito las cosas que usted habla y además primero aprenda a ser profesora". María pide al director del colegio que Juan sea castigado severamente.

Respecto de estas dos narraciones diré brevemente lo obvio, aunque queden algunos cabos sueltos a ser atados más adelante:

i) Se trata de narraciones diferentes acerca de una misma situación.
ii) Cada narración tiende a llevarnos a una comprensión diferente de la situación.
iii) Luego, no es efectivo que una narración sea mera transmisión objetiva de datos, y en cambio sí es el caso que, a pesar de ser meros cuentos que no constituyen cadenas inferenciales de razones, estas narraciones no sólo aportan los datos de la situación –no son un mero dedo que apunta a ella– sino que contribuyen a *comprenderla*, una de una manera y la otra de otra manera totalmente diferente. La primera narración, sin necesidad de cadena de inferencias alguna, nos lleva a entender que estamos ante el comportamiento abusivo de un muchacho irresponsable ante una profesora que se sacrifica por su vocación. La segunda nos lleva a entender que estamos ante una pro-

fesora neurótica que no ha sabido hacerse cargo de un muchacho con problemas.

Para disipar de inmediato algunas confusiones corrientes en esta materia, notemos que las dos narraciones logran sus diferentes cometidos sin utilizar términos "emotivos" (de aquellos que algunos dirían teñir los cuentos de "irracionalidad") y sin caer en falsedades (ya que podemos suponer para efectos de esta ilustración que *todos* los datos contenidos en *ambas* narraciones son verdaderos). Dicho de otro modo, diferentes narraciones conducen a diferentes conclusiones sin que exista irracionalidad ni engaño. Alguien podría replicar que sí hay engaño en el hecho que, por ejemplo, el primer narrador omite la circunstancia que el niño ha sufrido recientemente la separación de sus padres. Pero esa omisión bien pudiera corresponder, no a una mañosa manipulación, sino a la real visión que tenga el narrador acerca del mundo que lo rodea, acerca de lo que importa y no importa y acerca de la educación como instrumento forjador de carácter. El podría sinceramente pensar que los problemas personales en nada deben afectar el comportamiento de las personas en el estudio o en el trabajo y por tanto no consideró pertinente incluir ese dato en su relato así como, por ejemplo, tampoco consideró pertinente incluir el dato de que el niño es rubio (...pero si el contexto fuera un país con problemas raciales, bien podría haber sido para algún narrador un dato pertinente que el niño sea rubio y la profesora negra). En otras palabras, normalmente no hay manipulación sino simple inevitabilidad en la selección sesgada de datos pertinentes que cada narrador hace para narrar los hechos desde su perspectiva de lo que en el mundo pasa e importa.

Volviendo al tema inicial, aceptará el lector la razonabilidad de que en nuestro estudio sobre la argumentación exploremos el rol que podrían tener las narraciones que, como vemos en el ejemplo, constituyen efectivamente un instrumento discursivo con que el hablante sostiene una posición, tanto ante sí como ante los demás. Iniciemos esa exploración.

2. QUE PASO

Para que nuestro rumbo quede claro desde ya, comenzaré formulando tres afirmaciones que después desarrollaré. Son las siguientes:

- Los hechos no son sino una respuesta de alguien a la pregunta acerca de *qué pasó.*
- Los hechos no están dados sino que siempre necesitan ser *construidos* por quien los narra.
- Si bien los datos están inmersos en el mundo del ser, la narración de hechos puede estar *preñada de implicancias valóricas* acerca del deber ser.

Estas tres afirmaciones –a saber, que no hay más hechos que los que alguien cuenta; que el narrador cuenta lo que para él cuenta, y que el cuento entrega los hechos ya valorados– explican por qué la narración de los hechos del caso siempre abre importantes espacios para la creatividad y es un instrumento de gran eficacia en el proceso discursivo con que el abogado logra el entendimiento, tanto propio como de otros, acerca de una situación y, por esa vía, acerca de cuál es la acción colectiva que resuelve el problema que necesita ser resuelto.

Analicemos cada una de las tres afirmaciones.

No es evidente a primera vista que los hechos no sean sino una respuesta de alguien a la pregunta acerca de qué pasó. Bien podría objetarse que una cosa son *los hechos mismos* y otra la respuesta que alguien dé a la pregunta acerca de los hechos. Para responder a esta objeción en aquellas oportunidades en que me ha sido esgrimida en clases, más de una vez he pedido a mis alumnos que me den cuenta de "los hechos mismos" ocurridos en la sala de clases en los últimos cinco minutos. De más está decir que, si no fuéramos capaces siquiera de identificarlos, hablar de ellos como si existieran sería un mero juego de palabras sin interés alguno para el conocimiento o la acción.

Pues bien, la primera respuesta que he recibido ha sido siempre algo como "El profesor nos ha estado hablando acerca de la narración de los hechos". Con un poco más de presión de mi parte sobre los alumnos en esta búsqueda de *los hechos mismos* de los últimos cinco minutos, he obtenido algunas respuestas

adicionales tales como "Fulano ha estado dibujando en su cuaderno", "se han escuchado automóviles", "yo he cabeceado dos veces". Ya será evidente para el lector un *primer* problema que enfrentamos para identificar *los hechos mismos* ocurridos en la sala en los últimos cinco minutos: son demasiados, no sólo para listar sino incluso para imaginar.

Hemos dejado afuera, por ejemplo, la forma en que ha variado la temperatura en la sala segundo a segundo; la presión arterial de cada alumno, también segundo a segundo; el coqueteo de tal compañero con tal compañera de clases; el crujir de la madera de tales sillas en tales momentos; la relación entre el oxígeno que entra a la sala y el que se consume... y varios miles de otros. Ante esta observación se me podría acusar de trivializar el análisis con detalles que a nadie importan. Pero, ¿importan o no importan? Eso depende en primer lugar del interés del narrador. Efectivamente, para el médico que investiga el estrés de los alumnos en un contexto de clases, no tiene importancia alguna que el profesor esté hablando de la narración de hechos o de la interpretación del derecho. En cambio, para el alumno que tiene la prueba al día siguiente, lo único que importa es aquello sobre lo cual el profesor ha estado hablando y no, por ejemplo, las presiones arteriales de sus compañeros. Y a los ingenieros que tienen que rediseñar las salas, tal vez sólo les importen los cambios de temperatura, la ventilación y el ruido exterior de los automóviles. Y al sicólogo que vino a observar la dinámica social de una sala de clases, le interesará la somnolencia de un alumno y el coqueteo de otro. Y al día siguiente del incendio, el único hecho ocurrido en esos cinco minutos del cual daría cuenta la prensa buscando informar *qué pasó*, sería el sobrecalentamiento del cableado eléctrico de la sala de clases.

¿Cuáles son, entonces, *los hechos mismos* ocurridos en la sala de clases en esos últimos cinco minutos? ¿Podría algún alumno hacer siquiera una lista de ellos? ¿Incluiría en su lista ese ligerísimo dolor de estómago que él mismo tuvo, indicio de la infección incipiente que después lo dejaría un mes en cama y por lo cual perdería el año? ¿Incluiría el hecho que él está haciendo una lista de los hechos?

Pero hay además un segundo problema. Dejemos de lado por un momento el mar de *hechos mismos* que inevitablemente

quedarán fuera de la lista del alumno narrador, y centremos la atención en *los hechos mismos* que están en la lista. ¿Es *el dolor de estómago* un hecho, o es más bien una aglomeración de hechos –multiplicación bacteriana, reacciones de terminales nerviosos, etc.– resumidos por la perspectiva limitada que impone el interés y conocimientos del afectado? ¿Es un hecho *hacer una lista*, o es ese también un resumen subjetivo de un sinnúmero de hechos ocurridos segundo a segundo, tales como usar de cierta manera la musculatura de la mano, traspasar ciertas cantidades de tinta de la lapicera al papel, levantar la cabeza para mirar y escuchar otras cosas que incluir en la lista...? ¿Y levantar la cabeza es un hecho, o es también una aglomeración de hechos que involucran el sistema nervioso y muscular? ¿Son estos, nuevamente, detalles que no importan o lo que un hecho *es* depende también del interés de quien observa? Por ejemplo, pudiera ser que el levantamiento de la cabeza es lo único que en esa sala interese al kinesiólogo del muchacho que tiene el encargo médico de narrar durante el día el comportamiento de su paciente que está en proceso de recuperarse de un accidente.

Retomo ahora el tema central. La primera afirmación que ahora estamos analizando es que los hechos no son sino una respuesta de alguien a la pregunta acerca de *qué pasó*. Como para algunos ésta puede ser una definición sorprendente y ante la sorpresa, en mi experiencia, se suele objetar que una cosa son *los hechos mismos* y otra la respuesta que alguien dé a la pregunta acerca de los hechos, invité al lector a explorar qué puede ser –si es que algo es– aquello que nuestros objetores denominan "los hechos mismos". Lo exploramos en un contexto de extrema simplicidad, como lo ha sido pedir a mis alumnos que digan cuáles son los supuestos "hechos mismos" ocurridos en la sala de clases durante meros cinco minutos. Descubrimos entonces que ni podemos siquiera listarlos (quedándose invariablemente fuera muchos que desde alguna otra perspectiva son extremadamente importantes), ni tampoco constituyen necesariamente *hechos* aquellos que sí hemos logrado listar, ya que lo digno de ser identificado como "un hecho" o, por el contrario, lo que es aceptable ignorar dentro de una aglomeración de observaciones la cual ella sí amerita ser identi-

ficada como un hecho, es nuevamente algo que depende del interés y visión de mundo del narrador.

En consecuencia, todo indica que hablar de *los hechos mismos* –esto es, hablar de los hechos sin el *sesgo* que inevitablemente impone el interés, la visión de mundo, el conocimiento u otro componente de la particular perspectiva del narrador– es perseguir un fantasma, algo por una parte inasible y por la otra carente de todo interés para el conocimiento o la acción. En cambio, es a la vez posible y útil mirar los hechos como aquello en lo cual ponemos atención para actuar en este mundo, por ejemplo, aquello en lo cual ponen atención los alumnos que tienen prueba mañana, o aquello en lo cual ponen atención los ingenieros que tienen que rediseñar la sala, o el kinesiólogo que tiene que ir ajustando un tratamiento. Vistas así las cosas, los hechos son lo que nos relata alguien, incluido uno mismo, respecto de aquello en lo cual puso atención. Este es el sentido de la primera afirmación que era mi propósito desarrollar, a saber, que los hechos no son sino una respuesta de alguien a la pregunta acerca de *qué pasó.*

El tema podría extenderse considerablemente si este fuese un ensayo sobre teoría del conocimiento pero, como no lo es, dejemos el punto hasta ahí. No necesitamos más para nuestro propósito de explicar más adelante el rol argumentativo que tiene para el abogado la narración de los hechos.

La segunda afirmación que anuncié inicialmente es que los hechos no están dados sino que siempre necesitan ser *construidos* por quien los narra.

Desde una perspectiva puramente gnoseológica, esta segunda afirmación es un corolario casi trivial de la primera y se ilustra directamente con los mismos ejemplos de la sala de clases. El ingeniero que rediseñará la sala de clases es obviamente quien construye una determinada narración que, por cierto, es diferente a aquella que construye el estudiante, ambos respecto de lo ocurrido en los últimos cinco minutos. Cada cual construye su narración, esto es, escoge los componentes de ella y la manera de hilarlos, conforme a sus particulares intereses. En ese sentido, esta segunda afirmación no necesita de una explicación adicional y diferente a la dada para la primera afirmación.

Pero desde el punto de vista de las opciones de acción de quien, como el abogado, necesita intervenir el mundo mediante el discurso para lograr determinada acción colectiva, esta segunda afirmación agrega mucho en cuanto llama la atención del narrador sobre el carácter activo y creador de su rol. Ya no es cuestión de concluir –como podría concluirse de la primera afirmación– algo como "el mundo de los hechos parece ser muy complicado de modo que, *como víctimas pasivas* de las limitaciones de la condición humana, estamos condenados a tener un sesgo en nuestras descripciones". Por el contrario, esta segunda afirmación lleva más bien a concluir algo como "sobre ese fondo indiferenciado de sucederes, *es mi desafío y tarea* dibujar la figura de algo que yo y otros consideremos ser una narración de los hechos pertinentes que tenga sentido". En esto sí que hay novedad. Piénsese que tradicionalmente en nuestras escuelas de derecho lo poco que se enseña a los alumnos acerca de los hechos es que éstos deben ser investigados (esto es, *descubiertos*) y probados en juicio. Aquí, en cambio, estamos diciendo que los hechos deben ser *construidos*, lo que trae a la conciencia todo un campo de posibilidades de acción.

Dicho de otro modo, la selección de datos para construir la narración no se hace al azar ni como consecuencia de algún automatismo. Como el narrador busca contar los hechos conforme al sentido que él ve en ellos, y ese sentido requiere que se entiendan ciertas relaciones causales y ciertas motivaciones humanas que nos hacen eco, los datos son elegidos y concatenados implícita o explícitamente por vínculos causales y motivacionales, todos los cuales –datos, causalidades y motivaciones– son aquellos que el *narrador* considera iluminan la situación.

Finalmente, la tercera afirmación que formulé inicialmente y que ahora quiero explicar es que, si bien los datos están inmersos en el mundo del ser, la narración de hechos puede estar *preñada de implicancias valóricas*. Esta tercera afirmación completa la explicación del carácter argumentativo de la narración de hechos. En efecto si, como ya hemos visto, los hechos son construidos por el narrador, y ahora resulta que, más encima, la construcción puede llevar implícita una determinada carga valórica, entonces obviamente una narración de hechos puede contribuir a sostener una determinada postura respecto

de qué hacer ante la situación que se tiene delante. Algo de esto vimos en el ejemplo de las narraciones alternativas sobre el episodio de la profesora y su alumno.

Examinemos otro ejemplo. Un extranjero pregunta a una persona qué pasó en Chile el año 1973, y hace la pregunta en un contexto que deja claro que su interés es comprender y *formarse un juicio* acerca de la caída de Allende. Sabemos que la respuesta contendrá *sólo una pequeña selección* de lo que la persona que responde estime constituir hechos identificables, ya que de lo contrario caería en ese sin sentido que es intentar dar cuenta de *los hechos mismos* lo que, tratándose de un año completo en todo un país, llevaría a absurdos aun más extremos que aquellos de los meros cinco minutos en una simple sala de clases. Obviamente al que responde no le queda más remedio que hacer esa pequeña selección desde *su* comprensión de lo ocurrido ese año. Las siguientes son dos narraciones posibles (de entre las infinitas que teóricamente se podrían construir):

– Responde un hombre de derecha.

  En el año 1970 Allende ganó la elección presidencial con un tercio de los votos. A pesar de no contar con un mandato de la mayoría del país, su plan de gobierno incluía introducir cambios radicales en ciertas estructuras básicas de nuestra organización social, como el derecho de propiedad y cambios igualmente importantes en nuestras tradiciones culturales mediante la imposición de ciertos contenidos en la educación escolar. Los partidos políticos de su coalición (especialmente el Partido Socialista) así como grupos políticos extraparlamentarios que lo apoyaban, expresaban públicamente su desprecio por lo que llamaban *la democracia burguesa* y hacían frecuente apología del uso de las armas para conquistar el poder real y no sólo aquel formal ganado con las elecciones. El gobierno fue ambiguo frente al discurso violentista de estos grupos y, más aún, les dio respaldo en los hechos con medidas tales como negar fuerza pública para el cumplimiento de ciertos fallos judiciales o para defender el derecho de los dueños de terrenos o empresas objeto

de tomas ilegales. Tampoco ayudó el hecho que, ante esta división del país, Allende declarara que él no era presidente de todos los chilenos. Todo esto fue creando gran desorden social y un temor creciente de muchos por el respeto a sus derechos e incluso por su integridad física. A los dos años de gobierno la situación económica era caótica, con extrema escasez de bienes de consumo básico, desorden social y un discurso violentista de izquierda que el gobierno no contrarrestaba. En medio de este temor y desorden social y económico, las fuerzas armadas intervinieron en septiembre quitando el poder al gobierno.

– Responde un hombre de izquierda.

La elección de Salvador Allende fue un hito político que mostraba al mundo la viabilidad de un camino democrático hacia el socialismo. La difícil tarea que seguía para llevar a Chile al socialismo era quitar a muchos sus privilegios, fundamentalmente los que, a la vez, estaban constituidos por y eran resultantes de una distribución inequitativa del producto del trabajo entre dueños y trabajadores. No se hizo esperar la reacción de muchos quienes gozaban de esos privilegios. A esto se agregó la reacción de EE.UU. quien apoyó con diversos medios el derrocamiento de Allende dado que, en el contexto de guerra fría en que había llegado al poder este gobierno socialista en América Latina, era visto como una segunda Cuba en el ajedrez de los equilibrios internacionales. Con el apoyo de EE.UU. y de algunas empresas multinacionales cuyas inversiones en Chile peligraban, la reacción buscó desestabilizar el gobierno de Allende con acciones tales como un acaparamiento masivo de bienes de consumo, lo que generó gran escasez, así como huelgas financiadas con dicho fin desestabilizador. Finalmente, los militares bombardearon el palacio presidencial y derrocaron al presidente.

Quisiera ahora hacer los siguientes comentarios sobre las dos narraciones de hechos antedichas con que, entre tantas

otras,[9] se pudo haber respondido la pregunta del extranjero acerca de qué pasó en Chile el año 1973:

i) Las dos narraciones de hechos anteriores no sólo dan cuenta de datos sino que predisponen fuertemente a determinada toma de posición valorativa respecto de lo ocurrido en 1973. La narración del hombre de derecha es un discurso que justifica el golpe de Estado. La del hombre de izquierda es un discurso que condena el golpe de Estado. Está claro que si buscamos comprender cómo argumentan los hombres –por ejemplo, para ellos formarse o defender un *juicio valorativo* acerca del golpe de Estado de 1973– sería una omisión imperdonable no tomar en cuenta cómo ellos narran los hechos, ya que dicha narración es precisamente parte del proceso discursivo por el cual se forman o defienden su juicio valorativo. Estaríamos simplemente dejando fuera de nuestro análisis algo que obviamente es parte del fenómeno que queremos comprender.

ii) La valoración implícita de los hechos que lleva consigo cada narración no depende de que se explicite juicio de valor alguno. *Ninguna* de las dos narraciones afirma que esto o aquello es bueno o es malo, para derivar de ahí sus consecuencias. La valoración implícita en la narración resulta más bien de la particular selección de datos así como de su ilación conforme a ciertas motivaciones implícitas o explícitas, y todo esto sobre el trasfondo de ciertos prejuicios valóricos que el narrador y su auditorio comparten por el hecho de pertenecer a una misma comunidad cultural. Así, por ejemplo, el dato de que Allende declaró no ser presidente de todos los chilenos debiera normalmente parecerle *malo* a muchos auditorios, además de reforzar el planteamiento implícito también en varios otros de

[9] Efectivamente, son muchas las narraciones posibles, tal como fueron muchas las que contaban lo acontecido en clases durante los últimos cinco minutos. Un astrólogo, por ejemplo, podría tildar de parciales, sesgadas o irrelevantes las dos narraciones recién comentadas, y contarnos que el 4 de enero de 1973 hubo un eclipse de luna y que los astros se alinearon después de una manera que, conforme nos muestra la historia, son fenómenos que han coincidido con tales y cuales casos de convulsión política y nos ayudan a comprenderlos por sincronía si no por causalidad.

los datos escogidos en el sentido de que el gobierno amparaba el hecho que una parte del país quisiera violentar a la otra, lo que también será normalmente mirado como *malo* por muchos auditorios. Asimismo, el dato que EE.UU. haya apoyado el derrocamiento de un gobierno extranjero democráticamente electo es algo que probablemente será visto como *malo* por muchos auditorios. De más está decir que cada una de estas narraciones se podría fortalecer considerablemente *en su carga valorativa* con sólo escoger y agregar *datos adecuados,* como ser información sobre escasez de bienes, violencia callejera, declaraciones de prensa, información sobre huelgas y su financiamiento, documentos desclasificados en EE.UU., etc.

iii) Alguien podría objetar que no es que la narración sea un discurso argumentativo diferente a una argumentación inferencial formada por razones y conclusiones, sino que estas particulares narraciones contendrían argumentaciones inferenciales implícitas. Esto es, las narraciones con impacto argumentativo o valórico contendrían una suerte de silogismo incompleto donde no se explicitan ni las premisas ni el contenido valórico de la conclusión.[10] Así, conforme a esta objeción, un silogismo implícito en la segunda narración sería el siguiente: "Es malo que un país apoye el derrocamiento de un gobierno democráticamente elegido por otro país. El gobierno de Allende fue democráticamente elegido por Chile. Por tanto, es malo que EE.UU. haya apoyado el derrocamiento de Allende". Luego, se concluiría en esta línea de pensamiento, no es que una narración de hechos tenga *per se* fuerza argumentativa ni carga valorativa, sino que la fuerza argumentativa nace del silogismo implícito y la carga valorativa de la conclusión proviene de la carga valorativa de la premisa mayor implícita. Pues bien, tal vez se podría *reconstruir* en esos términos de silogismos implícitos el fenómeno, con el fin de darle una explicación. Pero eso en nada cambia lo que

[10] En todo caso, estos silogismos implícitos no serían propiamente *entimemas* porque, además de no expresarse premisa alguna, faltaría la explicitación de la conclusión misma en su carácter de juicio de valor.

quiero plantear en este capítulo, a saber: i) que las narraciones son parte del arsenal discursivo con que el abogado se forma juicios y los sostiene ante terceros, y ii) que la narración de hechos puede estar *preñada de implicancias valóricas*. Y digo "se podría *reconstruir*" porque, en la vida real, la persona que cuenta cómo ocurrió tal choque de automóviles o cómo ocurrió la caída de Allende no está estructurando silogismos a los que después da una forma narrativa sino que, simplemente, está contando un cuento. Se ve más prometedor, entonces, que centremos nuestra atención en cómo se cuentan cuentos.

3. LAS HERRAMIENTAS DEL OFICIO

Examinemos entonces ahora con mayor detalle cómo la narración hace su magia argumentativa. Este es un ejercicio que ya hizo Aristóteles hace más de dos milenios, fascinado por el poder que podía tener la narración sobre el lector o espectador. Sus conclusiones nos han llegado en apuntes que él mismo empleaba para disertar a sus alumnos sobre el tema, el cuerpo de los cuales se conoce como *Poética*. A diferencia de Platón, quien, al igual que muchos hoy, optó por condenar la impiedad del arte de los literatos –de hecho, desterrándolos de su República–, Aristóteles los admiraba y quiso comprender dicho arte, así como queremos comprenderlo nosotros ahora.[11]

En pocas palabras –a modo de anticipo para mantener claro nuestro rumbo– la fuerza de la narración está en su *sentido*. No hace falta que entremos aquí en largas disquisiciones acerca del sentido del *sentido*, aunque retomaremos el tema en un capítulo posterior. Por ahora, basta que el lector recuerde el efecto iluminador que más de alguna vez habrá experimentado cuando alguna persona de experiencia o especialmente perceptiva le ha redescrito una situación humana o política compleja,

[11] La misma condena platónica subsiste hoy, por ejemplo, en las películas y literatura livianas que presentan a menudo a los abogados como tergiversadores de hechos. Más adelante en el ensayo volveremos sobre este iluminador tema de la mala prensa milenaria con que ha contado nuestro gremio.

diciéndole "Mira, aquí *lo que pasó* es que..." y de pronto las cosas se aclaran. En ese momento uno piensa, precisamente, que "lo que él me ha dicho *me hace mucho sentido*". Por el contrario, recuerde ahora el lector aquellos casos en que alguien de menos visión le ha tratado de aclarar lo acontecido, pero su relato *no hace sentido*: quedan cabos sueltos, datos no mencionados que nos parecen importantes, o datos incluidos que nos parecen irrelevantes, o relaciones de causa y efecto que nos parecen dudosas, o la atribución a personas de motivaciones que no parecen convincentes. Es interesante poner atención en estos elementos recién mencionados que inciden en el sentido o sin sentido de la narración. En efecto, pareciera que el sentido de una narración depende de la coherencia y verosimilitud de una trama, vertebrada sobre una secuela de datos (acciones, acontecimientos) pertinentes, enlazados por relaciones causales creíbles y motivaciones que comprendemos y nos hacen eco. El sentido de una narración depende de la composición de una trama sobre la base de una selección de datos, relaciones causales y motivaciones. Exploremos estas ideas con ayuda de Aristóteles.

"Hablemos de poética"[12] son las palabras con que Aristóteles inicia su obra. La raíz clave es *poiein*, "hacer", que destaca el carácter creativo del poeta, del *hacedor*. Su hacer creativo es la *poética*, el arte de componer. "Hablemos de poética", dice, "... de cómo es preciso construir las fábulas...".[13] La fábula es *la trama*, la ilación de ciertos acontecimientos, el cuento. La poética es el arte de componer fábulas, tramas.

Podrá preguntarse el lector acerca de la pertinencia que aquí tenga una obra acerca de la composición de fábulas, siendo que estamos investigando la narración de hechos *reales* que necesita hacer un profesional del derecho. Pero, ¿existe una diferencia sustancial entre narrar una ficción y una realidad? Pues, no en aquello que nos interesa, a saber el rol de los elementos generadores de sentido. En ambos casos –ficción y realidad– se requiere de una selección de datos (en un caso

[12] Poética de Aristóteles, 1447ª. Traducción de Valentín García Yebra, Editorial Gredos, 1992.

[13] Op. cit., 1447ª 10.

inventados, en el otro construidos sobre la base de la experiencia) que han de ser enlazados en una trama, conforme a causalidades que se comprendan y motivaciones verosímiles. Con esos materiales se construye *un cuento* con un comienzo, un desarrollo y un final. El *sentido* de la narración resultante depende en ambos casos por igual de una selección coherente de datos, relaciones causales y motivaciones entendibles, trátese de *El Señor de los Anillos* de Tolkien o de la *Historia de Roma* de Gibbons.

Aristóteles lo dice en los siguientes términos: "De esto resulta claro que el poeta debe ser artífice de fábulas más que de versos, ya que es poeta por la imitación, e imita las acciones. Y si en algún caso trata cosas sucedidas, no es menos poeta".[14] En particular, no es menos poeta el abogado –juez, litigante, asesor– que narra los hechos del caso.

Dice en la última cita que "es poeta por la imitación". Se refiere a cómo la narración imita las acciones de los hombres. Dice "La imitación de la acción es la fábula, pues llamo aquí fábula a la composición de los hechos"[15] y después, habiendo enumerado las distintas partes de la tragedia –forma narrativa tratada en lo que ha sobrevivido de sus apuntes–, agrega que "El más importante de estos elementos es la estructuración de los hechos; porque la tragedia es imitación, no de personas sino de una acción y de una vida, y la felicidad y la infelicidad están en la acción".

Vemos entonces que la creatividad del poeta está en la imitación de las acciones de los hombres a través de una adecuada estructuración de los hechos. Esta imitación –igualmente exigible al historiador como al literato– no es sino la imitación de *las motivaciones* que mueven a los hombres a la acción y de las *relaciones causales* con que ellos hacen inteligibles los antecedentes y consecuencias de la acción. Sobre la base de esas motivaciones y relaciones causales sabiamente imitadas de la realidad para que nos hagan eco, se estructuran los hechos formando así una trama, un cuento.

Ahora bien –y como hemos visto en los ejemplos de la sala de clases y de Chile en 1973– los hechos mismos a ser estructu-

[14] Op. cit., 1452ª 28-30.
[15] Op. cit., 1450ª 5.

rados no pueden ser *todos* los hechos sino una selección de ellos que dé coherencia a la trama. Esto es, tienen que ser hechos (acciones, acontecimientos) enlazados con las motivaciones y relaciones causales escogidas para formar un cuento que tenga unidad. Es así como Aristóteles destaca este talento en Homero: "Pero Homero, así como es superior en lo demás, también parece haber visto bien esto, ya sea gracias al arte o gracias a la naturaleza.[16] Pues, al componer la *Odisea*, no incluyó todo lo que aconteció a su héroe, por ejemplo, haber sido herido en el Parnaso y haber fingido locura cuando se reunía el ejército, cosas ambas que, aun habiendo sucedido una, no era necesario o verosímil que sucediera la otra".[17]

Los hechos, entonces, son seleccionados *con miras a ser entramados* por determinadas motivaciones y causalidades bien imitadas a fin de formar una unidad coherente. Esta unidad y coherencia son las que dan forma y sentido al cuento. En particular, la adecuada selección de hechos y su entramado debe ser tal que, sobre la base de nuestro entendimiento de las motivaciones y causalidades que mueven al mundo, el comienzo, el desarrollo y el final deben tener sentido como tales. Aristóteles lo dice así: "Hemos quedado en que la tragedia es imitación de una acción completa y entera[...] Es entero lo que tiene principio, medio y fin. Principio es lo que no sigue necesariamente a otra cosa, sino que otra cosa le sigue por naturaleza en el ser o en el devenir. Fin, por el contrario, es lo que por naturaleza sigue a otra cosa, o necesariamente o las más de las veces, y no es seguido por ninguna otra. Medio, lo que no sólo sigue a una cosa, sino que es seguido por otra. Es, pues, necesario que las fábulas bien construidas no comiencen por cualquier punto ni terminen en otro cualquiera, sino que se atengan a las normas antedichas".[18]

En relación con este punto es interesante preguntarse qué viene primero, los datos o la trama. Si recordamos nuestro ejemplo, no es que el hombre de derecha haya mirado descompro-

[16] El "arte" es el oficio del literato; la "naturaleza" es su inspiración.

[17] Op. cit., 1451ª 23-30. Recordemos que para Aristóteles su mitología tenía carácter histórico.

[18] Aristóteles, op. cit., 1450b 24-35.

metidamente *todos* los acontecimientos del año 1973 y haya 'descubierto' para su gran asombro que lo ocurrido no fue una reacción de los privilegiados en defensa de sus privilegios sino que fue una reacción ciudadana ante el desgobierno, la inseguridad y el caos. Más bien, siendo ésta la trama de motivaciones y causalidades *que él ya tenía en mente* desde su perspectiva política, él seleccionó para construir su narración los acontecimientos que precisamente le permitirían vertebrar esa trama ya preconcebida. Valga igual comentario para el hombre de izquierda. No es aventurado decir que *primero viene la trama y después los datos que la vertebran.* En definitiva, no existen hechos aislados sino que éstos siempre son *componentes de una narración* preconcebida. Esto no significa que las personas no puedan modificar sus preconcepciones a la luz de nuevos datos o por cualquier otro motivo. Nuestro tema aquí es otro. Nuestro tema es cómo se construye un discurso narrativo. Y a este respecto podemos decir que, si la persona ha cambiado su visión de las cosas y ahora debe narrar lo acontecido, su nueva narración seguirá el mismo patrón descrito, esto es, selección de datos que vertebren lo que ahora es su nueva trama preconcebida.

Finalmente, recordemos que la narración puede llevar implícita una valoración de los acontecimientos. Como hemos visto en nuestros ejemplos, esta valoración no requiere que la narración misma contenga expresiones de valor como "tal cosa es buena" o "tal cosa es mala". Más bien, la valoración implícita resulta de cómo es recibido el relato desde nuestras preconcepciones acerca de qué es bueno y qué es malo. Si se quiere, más que contener una valoración, la narración *induce* una valoración en auditorios que tengan determinada preconcepción acerca de lo bueno y lo malo. Estas preconcepciones acerca de lo bueno y lo malo pueden recaer, por ejemplo, sobre cuáles motivaciones se estiman legítimas y cuáles no, qué es justo y qué es injusto, qué rasgos de carácter apreciamos y cuáles despreciamos. Y, como es obvio, la sola narración de una selección bien pensada de acciones y acontecimientos, entramados sobre la base de ciertas motivaciones y causalidades bien escogidas, pueden inducir en el auditorio que escucha una valoración positiva o negativa, sin necesidad que el relato mismo contenga juicios de valor.

Aristóteles trata este tema en los siguientes términos: "Es, pues, la tragedia imitación de una acción[...] y que mediante compasión y temor lleva a cabo la purgación de tales afecciones".[19] No pretendo con esta cita decir que la narración de hechos contenida, por ejemplo, en una sentencia tributaria produzca una catarsis que purgue mediante compasión y temor las afecciones del alma de sus lectores (a menos que sus lectores sean tributaristas.) Pero sí quiero destacar con ella que la narración de hechos puede predisponer valorativamente a un auditorio a favor de una u otra decisión, no porque el relato contenga expresiones emotivas "manipuladoras" o juicios de valor, sino por el efecto que tiene sobre la visión de mundo del auditorio la sola selección e ilación de acciones y acontecimientos. Como dice Aristóteles, "Los medios principales con que la tragedia seduce el alma son partes de la fábula".[20] Lo mismo ocurre con los caracteres que la narración forja, los cuales el auditorio puede apreciar o despreciar, allanándole entonces el camino a una u otra decisión respecto de qué hacer. Nada necesita ser dicho acerca del carácter de los protagonistas del relato, siendo suficiente saber de sus acciones conforme las estructura el narrador. Aristóteles lo dice así: "Así, pues, no actúan para imitar los caracteres, sino que revisten los caracteres a causa de las acciones".[21]

El 5 de enero del año 1961, Guillermina Toledo Manríquez celebró matrimonio con Humberto Mora Torres y el 27 de diciembre de 1962 lo mató de dos balazos. El artículo 390 del Código Penal dispone que "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate [...] a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de...". En esa época, el parricidio estaba sancionado con pena única de muerte. Consta en el proceso que al momento del homicidio, Guillermina Toledo conocía la relación matrimonial que la ligaba a Humberto Mora. En consecuencia, mediante una aplicación directa de la ley, el juez del crimen dictó sentencia condenatoria por parricidio. Pero, después, la Corte

[19] Aristóteles, op. cit., 1449b 24-28.
[20] Aristóteles, op. cit., 1450ª 34.
[21] Aristóteles, op. cit., 1450a 20.

de Apelaciones de Santiago optó por un resultado diferente, revocó el fallo de primera instancia y condenó por homicidio simple a tres años y un día. No entraré aquí en la descripción de los arabescos analíticos que empleó la corte para llegar a su conclusión, sino que centraré la atención en la narración de hechos contenidos en los considerandos de su fallo.

Narración de los acontecimientos que condujeron al homicidio:

> "Que Mora la desposó cuando ella tenía quince años, engañándola en cuanto a la circunstancia de ser casado; que el saber esta circunstancia produce en su estado de ánimo un impacto apreciable, que contribuye a desmejorar las relaciones con aquél, hasta que decide ir a vivir con la hija que entretanto ha nacido, a casa de sus padres; que Mora no la auxilia económicamente; que se sustancia en su contra un proceso por bigamia, a requerimiento de la primera mujer; que Mora sigue ejerciendo influencia sobre ella, con tal fuerza que durante la separación de hecho se juntan por breves horas y concibe ella un nuevo hijo, situación en la que tampoco es auxiliada por él, y que Mora visita la casa de una nueva novia a la que también pretende hacer su mujer, y es al término de una de esas visitas que la reo actúa, después de tener una corta discusión con la víctima" (considerando 11°).

Narración del homicidio:

> "Se ha acusado en esta causa a Guillermina Toledo Manríquez como autora de parricidio de Humberto Mora Torres, a quien el 27 de diciembre de 1962 disparó dos tiros de revólver, uno de los cuales le ocasionó una herida abdominal que fue causa precisa y necesaria de la muerte" (considerando 1°).

A continuación destaco algunos aspectos de las narraciones recién citadas:

i) La narración contenida en el considerando 11° tiene la unidad de un comienzo, un medio y un fin, construida sobre la base de una bien pensada selección de datos, motivaciones y causalidades que le dan coherencia. Parafraseo

ligeramente el cuento. Todo comenzó cuando Humberto Mora desposó a Guillermina Toledo teniendo ésta quince años de edad, engañándola él al ocultarle estar ya casado. Descubrirlo después fue para ella un doloroso impacto y entonces retornó a casa de sus padres con el hijo que ya había concebido de Mora. Entretanto, él fue demandado por bigamia por su primera mujer. Mora no auxilió económicamente a Guillermina Toledo pero, sin embargo, siguió ejerciendo tal influencia sobre ella que la dejó nuevamente embarazada, después de lo cual tampoco le dio apoyo ante sus mayores necesidades. Entretanto, Humberto Mora estaba visitando a otra mujer a quien también pretendía desposar. A la salida de una de estas visitas se encontró con Guillermina Toledo quien, después de una discusión, lo mató. Fin.

ii) Es importante destacar que *ninguno* de los siguientes datos que la corte seleccionó para construir el cuento es pertinente para calificar el asesinato de parricidio o de homicidio simple y que, en el hecho, ninguno fue utilizado por la corte para aplicar la ley: que ella haya tenido quince años el día que se casó, que Mora la engañe o no la engañe acerca de su anterior matrimonio, que ella tenga o no tenga hijos, que él la auxilie o no económicamente, que él la embarace por segunda vez, que él visite o no a otra mujer. Sin embargo, es evidente que la ilación de un cuento en torno a estos hechos nos predispone a favor de Guillermina Toledo y en contra de Humberto Mora. Como dice Aristóteles, *a causa de estas acciones* ella reviste un carácter inocente que llama a protección y él reviste un carácter de sinvergüenza e irresponsable que llama a desprecio.

iii) En contraste, la narración del homicidio mismo es escueta y aséptica: Guillermina Toledo... "disparó dos tiros de revólver, uno de los cuales le ocasionó una herida abdominal que fue causa precisa y necesaria de la muerte". Nada se nos dice acerca de la vida de Humberto Mora –tal vez sin familia, en contraste con Guillermina Toledo–, de las razones por las cuales dejó *o fue dejado* por su anterior mujer, de su falta de oportunidades, nivel de educación, de cómo

y cuándo se consiguió ella el revolver, del sufrimiento y duración de la agonía de Mora en el lapso transcurrido entre recibir los balazos y morir. Todos, por cierto, datos no pertinentes para la calificación del homicidio –como tampoco lo eran aquellos referidos a la vida de Guillermina Toledo que la corte sí optó por describir– pero que obviamente contribuirían a una imagen diferente del protagonista.

iv) La narración de hechos que hace la corte en el fallo *hace sentido.* Hace sentido gracias a la selección de datos (acciones y acontecimientos) escogidos para vertebrar una trama preconcebida de abuso y humillación de una jovencita inocente por un sinvergüenza que culmina con la reacción final de ella matándolo. La narración hace posible que *se entienda* que Guillermina Toledo haya matado a su marido.

Como ya habíamos visto, aquí nuevamente el sentido creado por la narración no sólo tiene impacto cognoscitivo sino también moral. Nada nuevo, no sólo por haber antes analizado el tema sino simplemente por lo que nos muestra la experiencia cotidiana: una determinada y buena narración acerca de la invasión norteamericana a Irak no sólo nos lleva a ver claro lo acontecido sino también a juzgarlo. Comprender significa simultáneamente, *inseparablemente,* entender y resolver si lo comprendido es bueno o malo. Nuestra comprensión de las acciones de los hombres es una comprensión moral. Y es ese precisamente el terreno en que el abogado necesita comprender *lo que pasó* y hacer que otros lo comprendan. De eso se ocupa la corte con su cuidada narrativa.

La narración parece ser una de las formas más antiguas, generalizadas y eficaces de que dispone el hombre para dar sentido a lo que le acontece. La visión del hombre y sus desafíos configurada en Grecia antigua a través de mitos, poemas épicos y tragedias; los relatos bíblicos, parábolas, *vidas* y *actos* con que el cristianismo transmitió el sentido de su visión del hombre y su historia; las historias nacionales que dan sentido a las derrotas, a las victorias y forjan identidad; los cuentos que nos contamos individualmente sobre nosotros mismos para dar sentido a lo que han sido nuestras opciones y acciones que, a

menudo, no tuvieron en el momento sentido alguno o no tuvieron el que ahora le damos; toda esta variedad y presencia de la narrativa no hace sino resaltar la fuerza del cuento como instrumento creador de sentido.

Si entendemos por *argumentación jurídica* el conjunto de instrumentos discursivos con que el abogado hace lo que hace, esto es, resolver problemas concretos de alguien generando el entendimiento y consiguiente accionar de terceros, no podemos sino incluir bajo ese alero la poderosa herramienta de trabajo con los hechos que es la narrativa.

TEMAS PARA DISCUSION

1. Leer en el anexo los fallos de primera y segunda instancia en el caso Guzmán viuda de Shirizawa con Empresa de Ferrocarriles del Estado. Compare la narración de hechos contenida en los considerandos de la sentencia de primera instancia con aquella en los considerandos del fallo de segunda instancia.

2. ¿Puede usted narrar sin sesgo los acontecimientos conducentes a y resultantes de la invasión norteamericana a Irak? ¿Puede usted *comprender* esos acontecimientos sin narrarlos?

3. Comente las diferencias de efecto que tienen las siguientes formas alternativas de presentar acontecimientos:[22]

   a. Anales que incluyen datos del caso de Guillermina Toledo.
   - 5 de enero de 1946. Nació Guillermina Toledo.
   - 4 de noviembre de 1946... asume la presidencia del país Gabriel González Videla.
   - 20 de septiembre de 1955... una junta militar derroca a Juan Domingo Perón.

[22] En Hayden White, *El contenido de la forma*, Paidós, 1992, se puede encontrar un interesante análisis comparativo entre el uso de anales, crónicas y narrativas en el relato histórico.

- 16 de septiembre de 1959... Humberto Mora Torres contrajo matrimonio civil con Laura Rosa Vega Moraga.
- 12 de mayo de 1960... Terremoto en el sur.
- 5 de enero de 1961... Humberto Mora se casa con Guillermina Toledo.
- 19 de enero de 1961... sólo cuatro alumnos entre nueve mil obtuvieron puntaje alto en las pruebas de bachillerato.
- 4 de abril de 1961... Guillermina se va a vivir con sus padres dolida de descubrir que él estaba casado desde antes.
- marzo de 1962. Guillermina queda embarazada de Humberto Mora.
- 17 de junio de 1962... Brasil retuvo el título de campeón mundial de fútbol.
- 27 de diciembre de 1962... Guillermina dispara dos tiros de revólver a Humberto Mora, matándolo.
- 22 de junio de 1963... Pablo VI es el nuevo Papa.
- Abril de 1964, se pide designación de curador para Guillermina en juicio de nulidad.

b. Narración que incluye datos del caso de Guillermina Toledo.

- Todo comenzó cuando Humberto Mora desposó a Guillermina Toledo teniendo ésta quince años de edad, engañándola él al ocultarle estar ya casado. Descubrirlo después fue para ella un doloroso impacto y entonces retornó a casa de sus padres con el hijo que ya había concebido de Mora. Entretanto, él fue demandado por bigamia por su primera mujer. Mora no auxilió económicamente a Guillermina Toledo pero, sin embargo, siguió ejerciendo tal influencia sobre ella que la dejó nuevamente embarazada, después de lo cual tampoco le dio apoyo ante sus mayores necesidades. Entretanto, Humberto Mora estaba visitando a otra mujer a quien también pretendía desposar. A la salida de una de estas visitas se encontró con Guillermina Toledo quien, después de una discusión, lo mató.

4. A la luz de la finalidad de su actividad profesional, sea como litigante, asesor o juez, ¿es responsabilidad del abogado ocuparse de desarrollar habilidades narrativas para trabajar los

hechos así como desarrollar habilidades interpretativas para trabajar el derecho? ¿Es tarea del abogado, por ejemplo, reflexionar acerca de estrategias narrativas como las siguientes? Coméntelas una a una.

a. El abogado debe pensar de antemano un diseño cuidadoso y bien definido de la narración.
b. Que sea la trama la que imponga la selección de datos.
c. Nunca dejar fuera de la narración datos que el auditorio puede considerar importantes.
d. Es preferible un lenguaje preciso, imágenes y concreciones, por sobre abstracciones.
e. Evitar relatos aburridos, excesivamente largos. Preferir un orden dramático a un orden lógico.

HERMENEUTICA

Las teorías son instrumentos, no respuestas a enigmas.
William James

1. QUE HACE EL QUE INTERPRETA LA LEY

Vimos que los hechos no están dados sino que inevitablemente se construyen y que, sin faltar a la verdad proposicional, se pueden construir para mostrar verdades narrativas diferentes y narraciones valoradas diferentemente.

Pues bien, el derecho tampoco está dado. No está dado porque, si bien existen textos legales preexistentes al problema concreto que se busca resolver, el *uso* que se les dará no está predeterminado. Y, al fin y al cabo, lo que produce efectos en este mundo no son las leyes sino su uso; el uso que se les da para lograr del tribunal, de la autoridad o de otros actores una acción en lugar de otra. El uso de la ley no está predeterminado porque, precisamente, el litigante, el consejero y también el tribunal, no tienen por norte meramente dar cuenta de algún uso predeterminado o canónico de la misma. Su propósito es más bien darle al problema que tienen delante una solución que estimen razonable, prudente o deseable, solución que puede ser distinta a aquella evidente que resulta de una primera lectura o de una lectura usual de la ley.

Inicialmente esto puede parecer sorprendente, pues todos hemos sido formados conforme a una visión diferente a ésta, cual es que al problema no se le da *una* solución sino que se le da *la* solución *que de antemano le da la ley*, visión esta última que encarna importantes valores compartidos que sustentan lo que entendemos por un estado de derecho. Entre estos importantes valores se incluyen, por ejemplo, la igualdad de las personas ante la ley; la

consiguiente uniformidad de las decisiones judiciales por la cual debe velar la Corte Suprema; la certeza legal que permite al ciudadano predecir cómo le será aplicada la ley; el principio de separación de los poderes según el cual el poder judicial no crea ley; los valores democráticos conforme a los cuales la ley es manifestación de la voluntad popular y, por tanto, elaborada sólo por autoridades electas, como lo son los legisladores, y no por autoridades designadas, como lo son los jueces; el Estado garante de un solo sistema legal en toda la República, etc.[23] ¿Qué pasa con estos valores si se acepta un planteamiento como el que aquí se formula?

Pero no dejemos que nuestras preconcepciones nos cieguen ante lo que en el hecho *hacen* los jueces y los abogados cuando hacen aquello que llamamos "interpretar la ley". No podemos prohibirnos mirar ni censurar lo que vemos. Una vez visto el mundo tal cual es, tendremos que resolver cómo hacer valer en él nuestros valores. De hecho, en su momento veremos que es sólo *aparente* la contradicción entre, por una parte, estos valores que son de la esencia del derecho, y por la otra, la posibilidad –más aún, la necesidad– que tiene el abogado de darle nuevos y diferentes usos a los textos legales para resolver prudentemente problemas concretos. Lo que pasa es que la contradicción no se resuelve de manera absoluta por decreto, que es lo que solemos erradamente suponer y desear. La contradicción se resuelve de manera razonable por el efecto estabilizador de nuestras prácticas discursivas, como se analizará más adelante.

Exploremos entonces en qué consiste dar diferentes usos a un texto legal. Veremos que, por ser siempre el norte del abogado dar solución a un problema concreto que se tiene delan-

[23] La enseñanza del derecho en Chile se ha impartido bajo la fuerte influencia ideológica de la tradición jurídica francesa. Desde la Revolución, en Francia se unieron las ideas de Montesquieu respecto de la separación de poderes con las ideas de Rousseau en cuanto a que la ley representa la *voluntad general* de la nación, como reza la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Bajo esta tradición, es inaceptable que los jueces puedan ser creadores de derecho, ya que legislar es tarea privativa del poder legislativo y no del poder judicial. Además, si la ley ha de ser expresión de la voluntad general de la nación, es necesario que sus autores sean quienes representan a dicha voluntad general. Esto último establece una demarcación clara entre la actividad política creadora de leyes realizada por parlamentarios democráticamente elegidos y la actividad profesional aplicadora de leyes realizada por jueces designados.

te, no hay diferencia conceptual útil que hacer entre *interpretación* de un texto y *uso* de un texto.

En 1985 la Junta de Gobierno remitió al Tribunal Constitucional, para control de su constitucionalidad, un proyecto de ley sobre tribunal calificador de elecciones. El asunto principal que se suscitó fue que de esa decisión del Tribunal Constitucional dependía si habría o no un tribunal calificador de elecciones para el plebiscito del año 1988.

Como se puede ver en el cronograma de la página siguiente, de acuerdo con el texto del artículo 11 transitorio de la Constitución, el tribunal calificador de elecciones entraría a operar recién para la primera elección de senadores y diputados y, por lo tanto, *no habría tribunal calificador de elecciones para el plebiscito del año 1988.*

Pues bien, el proyecto de ley cuya constitucionalidad se pidió controlar no hacía sino repetir lo que señalaba la Constitución. En efecto, el artículo final de dicho proyecto de ley orgánica tenía el siguiente texto:

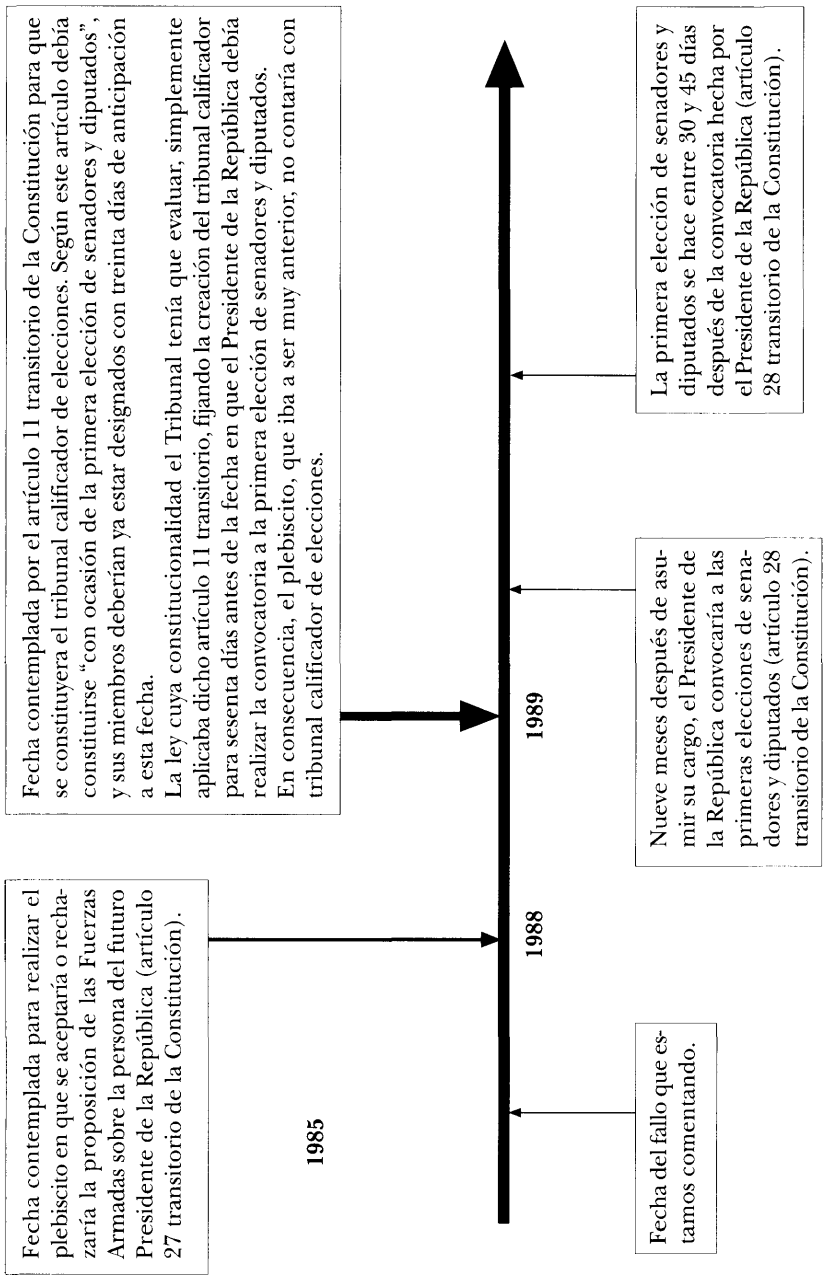
"*El artículo 84 de la Constitución Política* [*sobre tribunal calificador de elecciones*] *y la presente ley entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados*".

Sin embargo, el Tribunal Constitucional resolvió que el tribunal calificador de elecciones debía entrar a operar no para la elección de senadores y diputados que sería convocada por el Presidente de la República a los nueve meses después de asumir su cargo (como disponía en buen castellano la Constitución), sino que entraría a operar mucho antes, estando ya en funciones para el plebiscito.

Examinemos entonces *qué hizo* el Tribunal Constitucional al interpretar los textos.

En términos generales, la lectura que el Tribunal Constitucional hizo del artículo 11 transitorio de la Constitución buscó apoyo en una especial lectura del artículo 18 permanente de la Constitución, el cual dispone lo siguiente:

"*Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución...*".


Fecha contemplada para realizar el plebiscito en que se aceptaría o rechazaría la proposición de las Fuerzas Armadas sobre la persona del futuro Presidente de la República (artículo 27 transitorio de la Constitución).
Fecha contemplada por el artículo 11 transitorio de la Constitución para que se constituyera el tribunal calificador de elecciones. Según este artículo debía constituirse "con ocasión de la primera elección de senadores y diputados", y sus miembros deberían ya estar designados con treinta días de anticipación a esta fecha.
La ley cuya constitucionalidad el Tribunal tenía que evaluar, simplemente aplicaba dicho artículo 11 transitorio, fijando la creación del tribunal calificador para sesenta días antes de la fecha en que el Presidente de la República debía realizar la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados.
En consecuencia, el plebiscito, que iba a ser muy anterior, no contaría con tribunal calificador de elecciones.
1985
1988
1989
Fecha del fallo que estamos comentando.
Nueve meses después de asumir su cargo, el Presidente de la República convocaría a las primeras elecciones de senadores y diputados (artículo 28 transitorio de la Constitución).
La primera elección de senadores y diputados se hace entre 30 y 45 días después de la convocatoria hecha por el Presidente de la República (artículo 28 transitorio de la Constitución).

El razonamiento del Tribunal relativo a los textos fue el siguiente:

1. Es cierto que el estricto tenor literal del artículo 11 transitorio de la Constitución conduce a pensar que el tribunal calificador de elecciones no operará sino hasta la primera elección de senadores y diputados y por tanto no habrá tribunal calificador de elecciones para el plebiscito por ser éste muy anterior (considerando 8°).
2. Sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisible porque ella está en pugna o contradice el artículo 18 permanente de la Constitución (considerando 9°).
3. El artículo 18, por ser permanente, se encuentra vigente, de modo que debe aplicarse él y su ley orgánica constitucional al plebiscito venidero en 1988 (considerando N° 10).
4. La aplicación, para el plebiscito, del artículo 18 y de la ley orgánica constitucional que ese artículo alude, necesita que el tribunal calificador de elecciones entre a regir para el plebiscito "porque es, precisamente, a ese tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos (los plebiscitos) se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos" (considerando N° 11).
5. Se concluye que el artículo 11 transitorio, cuyo texto dice que *no existirá* tribunal calificador de elecciones hasta la primera elección de diputados y senadores, *significa* en realidad que *existirá* tribunal calificador de elecciones antes que la primera elección de diputados y senadores tratándose de plebiscitos (considerando 21°).

El lector puede revisar la totalidad del fallo en el anexo y encontrará algunas líneas argumentativas adicionales, pero podrá comprobar que la línea argumentativa central referida a los textos es la que he indicado en la enumeración anterior. Podemos entonces, para efectos de nuestro análisis, considerar a esta enumeración como aquello que llamamos *una interpretación de la ley*, en este caso, de los artículos 11 transitorio y 18 de la Constitución. Examinémosla entonces para ver *qué es*

una interpretación de la ley.[24] Para hacer esto, comenzaré por repetir la línea argumentativa recién descrita, pero comentando en letra cursiva algunos de los pasos seguidos.

1. Es cierto que el estricto tenor literal del artículo 11 transitorio de la Constitución conduce a pensar que el tribunal calificador de elecciones no operará sino hasta la primera elección de senadores y diputados y por tanto no habrá tribunal calificador de elecciones para el plebiscito (considerando 8°).
2. Sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisible porque ella está en pugna o contradice el artículo 18 permanente de la Constitución (considerando 9°).

   COMENTARIO: *No es efectivo que exista pugna o contradicción entre el artículo 18 y el artículo 11 transitorio leído conforme a su tenor literal. Dos proposiciones son contradictorias si es lógicamente imposible que ambas sean verdaderas. Sin embargo es evidente que el contenido de estos dos artículos entendidos literalmente es perfectamente compatible. En efecto, nada obsta a que, para el plebiscito de 1988, sea el caso a la vez que exista "un sistema electoral público" y "una ley orgánica constitucional" que regule la organización y funcionamiento de dicho sistema electoral público –como reza el artículo 18– y que sin embargo no exista todavía un tribunal calificador de elecciones ni rija aún la ley orgánica que regule la organización y funcionamiento de dicho tribunal calificador de elecciones –como exige el artículo 11 transitorio.*

   No me cabe duda de que el lector ha participado en más de algún grupo social –deportivo, de amigos, tal vez de familia– en que ha operado un sistema de elección público, pero que no ha contado con tribunal calificador de elecciones. Por ejemplo, el sistema ha sido público porque se ha votado a viva voz o levantando la mano a la vista de todos, pero sin que exista un tribunal especial que resuelva reclamaciones y proclame los acuerdos.

[24] Por cierto que el lector es invitado a estudiar el fallo completo, que se encuentra en el anexo, y hacer un análisis similar de otras de sus líneas argumentativas lo que, como verá, no conducirá a conclusiones diferentes a las que aquí alcanzaremos.

Asimismo, nada tiene de contradictorio que al hablar el artículo 18 de una ley orgánica, no se esté refiriendo a la ley orgánica sobre tribunal calificador a que se refiere el artículo 11 transitorio (en relación con el artículo 84) sino que a otra ley orgánica que simplemente regule algún sistema público de elección como dice el propio texto.[25]

3. El artículo 18, por ser permanente, se encuentra vigente, de modo que debe aplicarse él y su ley orgánica constitucional al plebiscito venidero en 1988 (considerando N° 10).
4. La aplicación, para el plebiscito, del artículo 18 y de su ley orgánica constitucional, necesita que el Tribunal Calificador de Elecciones entre a regir para el plebiscito "porque es, precisamente, a ese tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos [los plebiscitos] se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos" (considerando N° 11).

   COMENTARIO: *Esto no es más que una reformulación de la afirmación contenida en el considerando 9 ya comentado. En efecto, el considerando 9 afirma que hay una contradicción entre el artículo 18 y el tenor literal del artículo 11 transitorio, y la razón implícita (no hay otra posible) sería que el sistema electoral público referido en el artículo 18 necesitaría de la existencia de un tribunal calificador de elecciones. Pues bien, este considerando señala, ahora de manera explícita, que el sistema electoral público referido en el artículo 18 necesita de la existencia de un tribunal calificador de elecciones. La razón que señala el considerando 11 para esta necesidad*

[25] Quienes tengan especial interés en materias de lógica podrán tomar nota de lo siguiente. En rigor, si los dos artículos en comento se entienden prescriptivamente (esto es como normas, que es como nos interesa entenderlos), el concepto de *contradicción* requiere de mayor explicación porque las normas carecen de valores de verdad. Habría que precisar qué entendemos por *contradicción entre normas*, por ejemplo, definiendo el concepto en función de la contradicción entre proposiciones que describan las hipótesis de hecho que dichas normas contienen. Dicho sea de paso, la definición suelta de contradicción que doy en el texto principal es en todo caso incompleta: una definición más completa de contradicción (referida a proposiciones) es que dos proposiciones son contradictorias si es lógicamente imposible que ambas sean verdaderas y es también lógicamente imposible que ambas sean falsas. Por último, el concepto de *lógicamente imposible* es problemático e irremediablemente circular, no habiendo otra solución rigurosa que prescindir de él en alguna formalización que reduzca todos estos conceptos a un juego sintáctico de rayitas sobre un papel.

es que es precisamente al tribunal constitucional a quien le corresponde verificar si los actos plebiscitarios se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen. Es evidente la circularidad de este razonamiento, ya que el artículo 11 transitorio es precisamente una de las normas que rigen los actos eleccionarios y plebiscitarios indicando justamente que ellos no serán controlados por un tribunal calificador de elecciones sino hasta que ocurra la primera elección de senadores y diputados.

5. Se concluye que el artículo 11 transitorio *cuyo texto señala que no existirá* tribunal calificador de elecciones hasta la primera elección de diputados y senadores, *significa*, una vez interpretado, que *existirá* tribunal calificador de elecciones antes que ocurra la primera elección de diputados y senadores tratándose de plebiscitos (considerando 21°). COMENTARIO: *El considerando 21 dice que "...fuerza es concluir que el artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que señale su ley respectiva con relación a la primera elección de senadores y diputados, salvo en lo concerniente a los plebiscitos... ". De más está decir, teniendo a la vista los comentarios ya hechos sobre algunos considerandos anteriores, que esta conclusión no se desprende de los textos constitucionales en los cuales se pretende apoyar.*

¿Qué *hizo* entonces el tribunal cuando *interpretó* los artículos 11 transitorio y 18 de la Constitución concluyendo que éstos *significan* que debe existir un tribunal calificador de elecciones para el plebiscito?

Pues claramente lo que *no* hizo el Tribunal Constitucional fue dar cuenta de un sentido *que de antemano estaba ahí*, en el texto del artículo 18 o del artículo 11 transitorio. Así se desprende de nuestros comentarios a los pasos inferenciales contenidos en los considerandos del fallo. Más aún, creo que el lector estará de acuerdo en que no correríamos gran riesgo en apostar que, si con anterioridad a 1985 hubiéramos preguntado el tema en un examen a cualquier estudiante de derecho constitucional, no se le habría pasado siquiera por la mente responder que la Constitución establecía que el tribunal calificador de elecciones estaría vigente para el plebiscito de 1988. El sentido que le dio el tribunal a los textos simplemente no estaba de

antemano ahí, ni expresamente ni por ser una consecuencia lógica de lo que estaba en los textos.

Pero, si lo que hizo el tribunal no fue dar cuenta de un sentido que de antemano estaba ahí en los textos, ¿Qué hizo entonces al interpretarlos?

Hay quienes han dicho que este fallo encarnaría un criterio de interpretación *finalista* propio de la interpretación de textos constitucionales, donde se busca el sentido de la norma en su finalidad y no meramente en el análisis gramatical de sus palabras o en la intención que tuvo el constituyente. Pero esa forma de ver el problema contribuye más a oscurecerlo que a esclarecerlo. Por una parte, como verá después el lector, exactamente el mismo fenómeno que aquí comentamos se da en fallos civiles, penales, tributarios y otros, de modo que, si hubiera una explicación basada en las particularidades de la interpretación constitucional, ella podría explicar este caso pero no otros, algo así como una teoría astronómica que explique el eclipse solar de ayer pero ningún otro. Y, por otra parte, trasladar nuestro problema desde el terreno de cómo determinar *el sentido que de antemano estaría dado en los textos legales* al terreno de cómo determinar *la finalidad que de antemano estaría dada en los textos legales*, no hace sino cambiarle el nombre al mismo problema, sin por eso resolverlo. Dicho de otro modo, que se pueda concluir a partir de los textos que *la finalidad* de nuestra Constitución es tal que debía haber tribunal calificador de elecciones para el plebiscito de 1988, es tan debatible como lo es que se pueda concluir a partir de los textos que *el sentido* de nuestra Constitución es tal que debía haber tribunal calificador de elecciones para el plebiscito de 1988. Por lo demás, en lo que a finalidades se refiere, es de hecho bastante razonable pensar que *nuestra particular Constitución del año 1980* incluía claramente entre sus finalidades que el retorno a las instituciones propias de la democracia (como lo es el tribunal calificador de elecciones) fuere gradual, precisamente conforme al cronograma fijado por sus artículos transitorios. Así, en todo caso, parecen haber entendido el tema los ministros Ortúzar, Aburto y Urzúa *contra* cuyo voto minoritario el tribunal falló. En síntesis, no constituye una explicación útil decir que lo que hizo el tribunal fue dar cuenta de la finalidad que de antemano estaba ahí en los textos.

2. LOS USOS DEL INSTRUMENTO

En el siguiente punteo de ideas propongo una forma de mirar lo que es la interpretación jurídica. Creo que esta mirada nos permite explicar mejor lo que observamos y además, como se aclarará después, ser más eficaces en nuestra propia acción interpretativa. En particular, este planteamiento ayudará a comprender mejor lo que observamos en el fallo que se analiza. Después, reafirmaremos las ventajas de este planteamiento poniéndolo a prueba con otras sentencias.

- *En el centro está el problema, no el sistema.* Lo que movió al tribunal no fue dar cuenta del sistema sino resolver el problema. El tema central no fue una duda léxica acerca del texto constitucional, sino una preocupación por la futura estabilidad institucional de Chile. La pregunta directriz no fue "¿Qué dice?" sino "¿Qué hacer?". Esto se expresa o trasluce en diversas frases contenidas en algunos considerandos tales como, por ejemplo, el considerando N° 14 que señala que "este plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental", agregando después que una interpretación contraria a la planteada por el tribunal "podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad".
- *Pero también es parte del problema mantener con vida nuestra tradición normativa, tradición que en este caso incluye los textos constitucionales.* Obviamente no sería una buena solución al problema del plebiscito simplemente prescindir de la Constitución. No sería una buena solución porque consideramos valioso para nuestra convivencia respetar las normas que hemos acordado y que se encuentran plasmadas en la ley o la Constitución. No quisiéramos que el Tribunal Constitucional simplemente hubiera dictaminado que en esta ocasión no se aplicará la Constitución. Esto plantea un dilema en cuanto, en lo referente al tema central

que lo preocupa, el tribunal considera bueno resolver el problema que tiene delante ordenando que exista un tribunal calificador de elecciones para el plebiscito pero, por otro lado, no puede ni quiere dejar de usar como apoyo para su decisión textos constitucionales conforme a cuya simple lectura no habría tribunal calificador de elecciones para el plebiscito. Asimismo, retomando un instante el ejemplo anterior sobre la niñita y el abuelo, si bien ante el problema suscitado se consideró bueno decirle que estaba bonita, sucede que no es buena solución para la familia simplemente prescindir de la norma acerca de no mentir, ya que es una norma que ellos estiman valiosa así como consideran valioso también que la familia cumpla los acuerdos contraídos tales como no mentir. Luego también ahí se presenta el dilema de, por una parte, buscar una solución al problema concreto consistente en aceptar que se diga a la niñita que está bonita y, por otra parte, no ignorar una norma conforme a cuya simple lectura habría que decirle que está fea.

Queda de manifiesto la doble naturaleza del desafío que enfrenta el abogado (juez, litigante o asesor), a saber que, por una parte, hay una finalidad por lograr cual es dar al problema concreto que se tiene delante la solución que se ha estimado conveniente (por considerarse que esa solución encarna lo justo aquí y ahora, o lo más práctico dadas las circunstancias, o cualquier otro valor o propósito) y, por otra parte, hay una condición que exige que para lograr esa finalidad se debe usar una herramienta dada, cual es la ley vigente, a fin de mantener con vida el respeto por nuestros acuerdos y tradiciones.

– *Una imagen*

La situación es comparable a que nos encontremos ante una caja de madera con su tapa bien clavada, la cual hemos decidido ser bueno abrir, pero contamos sólo con un desatornillador como herramienta. Supongamos además que hemos acordado resolver nuestros problemas *usando el desatornillador.* No usarlo equivaldría a deshacernos de él por causa de la pérdida de confianza que se generaría

respecto de nuestros acuerdos y de nuestras herramientas, siendo que valoramos ambas cosas.

En el pasado, habíamos usado el desatornillador para desatornillar tornillos. Pero ahora la vida, en su riqueza e imprevisibilidad, nos ha puesto ante un problema concreto diferente. Sabemos que nuestra misión es *resolver el problema que tenemos delante* abriendo la caja, y no meramente dar cuenta que, conforme a la voluntad de su fabricante, el desatornillador sirve para desatornillar tornillos de modo que no sería aplicable en este caso y la caja tendría que permanecer cerrada aun cuando pensemos que lo bueno sería abrirla. Pero, a la vez, no queremos deshacernos del desatornillador por dejar de usarlo, ya que consideramos que es una herramienta valiosa que quisiéramos mantener viva en el espíritu de la comunidad. Es por esto último que no podríamos prescindir del desatornillador y simplemente, por ejemplo, estrellar la caja contra el suelo como otra manera de abrirla sin emplear nuestra herramienta. Entonces, como queremos no sólo abrir la caja sino *también* no deshacernos del valioso desatornillador, *usamos* el desatornillador pero no conforme a la voluntad de su fabricante sino dándole un nuevo e inesperado uso *como palanca* para levantar la tapa de la caja. De este modo salimos exitosos de nuestro desafío cual era a la vez abrir la caja (esto es, dar al problema concreto la solución que habíamos escogido) y no desechar ni ignorar el desatornillador sino que usarlo en la solución. Una última observación de gran importancia en esta imagen: notemos que además de haber resuelto el problema concreto de la caja, y para beneficio futuro de nuestra comunidad, hemos enriquecido el potencial de uso del desatornillador al haberlo redescrito como *palanca* en este ejercicio interpretativo.

– *El uso que se dio al artículo 18.* Por lo detallado y explícito del artículo 11 transitorio en cuanto a la época en que nacería el tribunal calificador de elecciones, así como por el manifiesto propósito de la Constitución en cuanto a imponer una gradualidad sujeta a cronograma para la recuperación de las instituciones democráticas, es evidente que el fabricante del artículo 18 (o, si se quiere, el constitu-

yente), no lo concibió como instrumento para asegurar que el plebiscito anterior a la primera elección de senadores y diputados contara con tribunal calificador de elecciones. Pero, tal como ocurre en el ejemplo del desatornillador concebido en fábrica para desatornillar tornillos, nada impide dar al artículo 18 un nuevo *uso*. Y así como los encargados de abrir la caja redescribieron el desatornillador como palanca, el Tribunal Constitucional redescribió el artículo 18 señalando que donde dispone que "Habrá un sistema electoral público" debe entenderse que habrá un sistema electoral que cuente, entre otras cosas, con un tribunal calificador de elecciones. Entonces, como el artículo 18 sí estaría vigente para el plebiscito, éste contaría con tribunal calificador de elecciones. De esta manera: i) se resolvió el problema de legitimidad institucional que se tenía delante, ii) no se ignoró la Constitución ya que sus textos fueron usados para sustentar la decisión y iii) de paso se enriqueció el potencial de uso de los textos constitucionales estableciéndose, por ejemplo, que un texto concebido para exigir publicidad puede usarse también para exigir supervisión o control de terceros que den garantía de objetividad (así como en nuestro otro ejemplo se estableció que una herramienta concebida para desatornillar puede usarse también como palanca).

– *Uso e interpretación*

Recordemos que la vida del abogado no es contemplativa sino activa. El abogado no se acerca a la ley para contemplarla, sino para actuar en el mundo, para dar una solución al problema que tiene delante. Dicho de otro modo, el abogado no mira la ley *como un fin* en sí, sino *como un medio* para resolver problemas de otros. Mirarla como un medio es mirarla como *un instrumento*, como *una herramienta*. Y nada puede uno hacer con una herramienta que no sea *usarla*. Nada puede hacer un abogado (juez, litigante o asesor) con la ley que no sea usarla. Por lo mismo, cuando el abogado busca resolver el problema que tiene delante y para ello hace con la ley algo que él denomina "interpretarla", lo que está haciendo es lo único que se

puede hacer con una herramienta: *usarla* para resolver el problema que tiene delante. ¿Y la interpretación doctrinal? No es sino preestablecer un posible nuevo uso del instrumento, algo así como redescribir de antemano el desatornillador como instrumento para rascarse la espalda, aun cuando nadie en ese momento tenga la necesidad. La función que cumple esa nueva redescripción *doctrinal* del desatornillador, es darle vida como un nuevo instrumento, aunque aún no haya sido utilizado de ese modo. Como dice William James en la cita inicial de este capítulo, las teorías son instrumentos, no respuestas a enigmas.

– *Buenos y malos usos de una herramienta, buenas y malas interpretaciones de la ley*
La descripción de fábrica de una herramienta no tiene, por su solo origen, precedencia o prioridad alguna sobre alguna redescripción posterior.[26] La redescripción del artículo 18 de la Constitución como instrumento apto para exigir tribunal calificador de elecciones en nada desmerece por el solo hecho que haya sido posterior a la descripción de origen que consideró el constituyente. El uso del desatornillador como palanca nada tiene que envidiarle a su uso para desatornillar.
Tampoco es el caso que *la herramienta misma* me imponga una descripción canónica que sea la correcta, la objetiva.[27] No es que la descripción "instrumento para desatornillar tornillos" sea *la* descripción *objetiva* que de algún modo misterioso el desatornillador mismo *impone a mi razón*, en tanto que su descripción como palanca sea una caprichosa expresión de mi subjetividad. Tampoco se puede decir que la Constitución misma impuso a la razón de los miembros del Tribunal Constitucional la interpretación del ar-

[26] Esta afirmación, obviamente, es contraria a nuestra vertiente doctrinal de mayor tradición, como lo son las teorías de la interpretación de Luis Claro Solar, de Alessandri y Somarriva e, inicialmente, de Jorge Streeter, donde se establece que, en última instancia, lo que se busca es la voluntad del legislador.

[27] Aquí separo aguas con la teoría de la interpretación de Carlos Ducci, quien, a diferencia de nuestros autores más tradicionales, buscaba en la ley (y no en la voluntad del legislador) el sentido correcto de la misma.

tículo 18 por la cual se optó. Ya vimos cuán discutibles son los argumentos y, de hecho, no se la impuso a la razón de quienes votaron en contra de la decisión.

Como decía al comienzo de este capítulo, los textos legales están dados de antemano, *pero no su uso.*

¿Pero entonces, *toda* interpretación vale? ¿Puedo interpretar *Fuenteovejuna* como un pedido de tres kilos de filete y recitárselo al carnicero? Efectivamente, puedo,... *con tal que el carnicero lo entienda y acepte como un pedido de tres kilos de filete.* Dicho de otro modo, los límites a mis pretensiones de uso del texto no me los pone el texto, esto es, las manchas de tinta que constituyen *Fuenteovejuna,* sino que me los pone el carnicero.

En términos más generales, ¿qué hace que un determinado uso de la ley valga? La respuesta es de Perogrullo: que la herramienta resultante de la redescripción sirva para la finalidad buscada. La redescripción del desatornillador como palanca fue buena porque las cajas se abrieron. La redescripción del artículo 18 fue buena porque el plebiscito de 1988 contó con tribunal calificador de elecciones.[28]

¿Y qué hace que un determinado uso de la ley sirva para la finalidad buscada? La respuesta es igualmente obvia: que quienes han de actuar para dar al problema la solución

[28] Me anticipo a un comentario frecuente del que me haré cargo en un capítulo posterior del ensayo: más de alguien diría que una cosa es *el hecho* del éxito en lograr determinada aceptación, y otra cosa es *la validez* de lo aceptado. Sin entrar ahora en el tema, quisiera señalar que este comentario suele incluir dos entendimientos de lo que es validez. El primero es la validez formal que significa que una conclusión se ha inferido de ciertos antecedentes respetando determinadas reglas de un juego. Mi respuesta ante esta acepción es la misma que dieron los tribunales cuyas sentencias he comentado: acatar formalismos es un asunto menor si se trata de dar a Chile una institucionalidad legítima o si se trata de evitar se condene a muerte a una niña. El segundo entendimiento de "validez" no es de forma sino de fondo, más *soft,* algo así como el respeto a una ética del pensamiento, una suerte de decencia intelectual que no permite decir cualquier cosa a partir de cualquier cosa. Mi respuesta en este caso es que todo depende de qué sea aquello que vale, que tiene valor. Para unos lo es el apego a tal o cual modelo teórico de racionalidad. Para otros –entre los que me incluyo– lo que da *valor* a nuestra actividad intelectual cuando versa sobre fines, es el respeto a lo que resulte del diálogo entre nuestras diferencias. Y, entonces, si de ese diálogo abierto a todas las diferencias resulta que un uso de la tradición es aceptado, *vale porque fue aceptado.*

buscada, la acepten. Si la aceptan, actuarán conforme a ella. Si actúan conforme a ella, esa acción colectiva *constituye* la solución que se quería lograr con dicha interpretación. Dicho de otro modo, que cierto uso de la ley sea apto para producir los efectos buscados, es algo que depende de la aceptación de ese uso entre quienes han de contribuir a la acción colectiva que constituye la solución. El uso de la ley que proponga el litigante será apto para producir la solución buscada si lo acepta el juez; el uso de la ley que proponga el juez será apto si lo aceptan los tribunales superiores; el uso de la ley que propongan los tribunales superiores será apto si lo aceptan las partes o, en algunos casos, el grueso público, etc.

Pero entonces, finalmente, ¿qué hace que una determinada interpretación jurídica o uso de la ley sea aceptado? Es parte del tema que trataré en el capítulo siguiente.

El punteo anterior propone una mirada diferente sobre lo que es la interpretación jurídica, la cual creo que, a la vez, i) explica mejor lo que observamos y ii) ilumina mejor nuestras posibilidades personales de acción interpretativa al colocar nuestra mirada no sobre los textos sino sobre *el problema* e invitarnos enseguida a *usar* la ley para su solución. ¿Y para qué buscamos conocimiento si no es para comprender mejor lo que observamos y para ser más efectivos en la acción?

En lo referente al caso analizado, tal vez ahora llame menos la atención lo que primero parecía un extraño razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional para motivar una decisión discutible. Como decíamos en un capítulo anterior, el Tribunal no argumenta para que prevalezca la verdad del sistema sino que argumenta para que se haga lo bueno ante el problema. Su argumentación no fue una respuesta a la pregunta "qué dice", referida a la Constitución, sino que fue una respuesta a la pregunta "qué hacer", referida al concreto problema institucional que tuvo delante. Su fallo fue una propuesta política acerca de cómo debiéramos seguir conviviendo, lo que incluyó una propuesta acerca de cómo debiéramos entender nuestra Constitución para seguir conviviendo sobre la base de ese nuevo entendimiento. No es que el Tribunal haya afirmado algo claramente insostenible como

que el artículo 18 *siempre significó* que habría tribunal calificador de elecciones para el plebiscito anterior a la primera elección de senadores y diputados. Lo que hizo el Tribunal fue *invitarnos de ahora en adelante a entender de ese modo* el artículo 18, y entender entonces que el artículo 11 transitorio tiene excepciones, todo con miras a sustentar su visión de cómo debiera ocurrir el plebiscito en aras de una mejor convivencia nacional.

Recordemos ahora el caso de Guillermina Toledo que mató a Humberto Mora, su marido.[29] El artículo 390 del Código Penal dispone que "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate [...] a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de [...]". Sin embargo, la Corte de Apelaciones resolvió que este texto no era aplicable al caso, de manera que condenó a Guillermina Toledo no por parricidio sino por homicidio simple (con el consiguiente menor castigo). Una parte del trabajo interpretativo de la Corte se centra en lo que ha de entenderse por la frase "conociendo las relaciones que lo ligan". Una lectura directa del texto indica que dicha frase es aplicable a este caso si Guillermina Toledo conocía la relación de cónyuge que tenía con su víctima, y no sería aplicable si ella, por alguna razón, no hubiera sabido que estaba casada con Humberto Mora. Pues bien, consta en el proceso que Guillermina Toledo sabía perfectamente bien que Humberto Mora era su marido, al punto que ella había tratado –sin éxito– de obtener la nulidad de dicho matrimonio. ¡Mal trataría alguien de lograr la nulidad de un matrimonio del cual no tiene conocimiento! Bajo esta lectura simple, entonces, Guillermina Toledo conocía la relación que la ligaba con su cónyuge. Pero la Corte de Apelaciones interpretó la frase diferentemente. Es así como su considerando 5° dice lo siguiente:

"5º. Que también exige la ley que el hechor ha de conocer las relaciones que lo ligan con la víctima, *es decir, el agente debe conocer el contenido especialmente antijurídico de su conducta, lo cual implica tener conciencia de la contradicción entre aquélla y el valor que el derecho protege.* Se ha dicho ya que la reo supo que Mora, con

[29] Ver anexo. Guillermina Toledo. El caso fue también comentado en el capítulo anterior desde la perspectiva de la narración.

quien se había casado un año antes, estaba ligado a su primera mujer, y que sobre ella pendía la amenaza de un proceso por bigamia ya iniciado. Sabía pues que Mora era su cónyuge, pero conocía al mismo tiempo que no lo era sino en virtud de un acto ilícito que la ley castiga y en el cual ella había intervenido como consecuencia de un engaño" (énfasis agregado).

Como se ve, la corte dice que la frase "conociendo las relaciones que lo ligan" no significa simplemente *conociendo que se está ligado por la relación de cónyuge* sino que significa *tener conciencia de la contradicción entre la conducta de matar y el valor que el derecho protege en la relación conyugal* y entonces –agrega la Corte– si bien Guillermina Toledo sabía que Mora era su cónyuge, sabía también que lo era en virtud de un engaño de manera que (y esto no está dicho sino implícito) no es tan claro que esté presente ese valor que el derecho protege en la relación conyugal y que se contradice de manera tan extrema con la conducta de matar. Y si ese valor no está presente, mal podría Guillermina Toledo tener conciencia de la contradicción entre su conducta y ese valor inexistente.

¿*Qué hizo* exactamente la Corte mediante su discurso acerca de que el texto "conociendo las relaciones que lo ligan" *significa* tener conciencia de la contradicción entre la conducta de matar y el valor que el derecho protege en la relación conyugal?

En línea con lo que hemos venido comentando, yo explicaría lo que se observa como sigue:

1. *La preocupación directriz de la Corte no fue dar cuenta del sistema sino resolver el problema.*
   El problema que se le presentó a la Corte en este caso fue que Guillermina Toledo tenía diecisiete años, escasos recursos, poco carácter, desde los quince años había sido víctima de graves engaños, abusos y humillaciones por parte de su marido, lo había matado en un momento de desesperación y, conforme a la pena de muerte aplicable en la época al delito de parricidio, correspondía que ahora el Estado la matara a ella. La corte quería evitar semejante desenlace. El carácter rector que tiene para la corte resolver este problema se percibe en la sentencia a través de indicadores como los siguientes:

- El sesgo que tiene la narración de los hechos que hace la corte es un indicador de que su preocupación directriz no fue dar cuenta del sistema sino resolver el problema.
  Cuando analizamos detalladamente en el capítulo anterior algunos aspectos narrativos de esta sentencia, destacamos el contraste entre, por una parte, la abundante selección de datos útiles para generar lástima cuando se trataba de describir las circunstancias de Guillermina Toledo y, por la otra, la selección económica de datos escuetos y asépticos si se trataba de describir la muerte de Humberto Mora. Recordemos también que varios de los datos acerca de Guillermina Toledo no eran siquiera pertinentes para determinar la aplicación de la ley, pero indudablemente creaban simpatía por ella.
  El sesgo narrativo indica que el tribunal está comprometidamente buscando hacer realidad determinado resultado, y no descomprometidamente dando cuenta de lo que la ley dice para el caso. Si sólo se tratara de esto último, no necesitaría *componer* una trama, un cuento, que precisamente con su sesgo busque inducirnos o invitarnos a tomar postura respecto de *qué hacer.*
- El hecho que se busquen interpretaciones inusuales, novedosas de la ley, es también un indicador de que la preocupación directriz de la corte no fue dar cuenta del sistema sino resolver el problema.
  Si el objetivo de la corte fuera dar cuenta de lo que dice el sistema para un caso como este, no habría necesitado aventurarse en lecturas tan inusuales de los textos sino que simplemente habría dicho lo que la ley dice para un caso como este. Su razonamiento habría sido algo como lo siguiente: el artículo 390 del Código Penal dice que "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate ... a su cónyuge, será castigado..." de cierta manera; ella mató a su cónyuge conociendo la relación conyugal que la ligaba con él; luego ella ha de ser castigada conforme lo establece dicho artículo. Pero en lugar de decir lo que la ley dice para un caso de estas características, la corte hizo un largo y alambicado esfuerzo para sostener una lectura tal de la expresión "cónyuge" que permita con-

cluir que ella no mató a su cónyuge[30] y para sostener una lectura tal de la expresión "conociendo las relaciones que los ligan" que permita concluir que ella no conocía tales relaciones. No estoy en este punto analizando ni criticando el uso que dio la corte al texto del artículo 390 del Código Penal, sino tan sólo destacando que la sola circunstancia que la corte haya hecho un uso tan inesperado del artículo 390 del Código Penal (así como de otros textos legales) es también un fuerte indicio de que lo que guió su actuar no fue dar cuenta del sistema sino resolver un problema.

Volviendo un instante a nuestra imagen anterior, si sólo pretendo dar cuenta del sistema de herramientas, describiría el desatornillador simplemente conforme a su descripción de fábrica. No habría motivo para salir en busca de otra cosa. Si, en cambio, estoy haciendo un esfuerzo desmedido por describirlo inesperada y novedosamente como palanca, ese solo hecho es un muy buen indicio de que mis esfuerzos están al servicio no de una mera descripción del sistema sino de resolver un problema.

2. *Pero, al mismo tiempo, si bien la preocupación directriz de la corte era resolver el problema, debía resolverlo sin prescindir de la ley vigente y, por tanto, dándole a ésta un uso que fuera conducente a la solución buscada.*

Desde una perspectiva tradicional, interpretar una ley es descubrir el sentido que hay en ella o que quiso imprimirle el legislador. Luego, siguiendo con el mismo enfoque, aplicar una ley es aplicarla *conforme a ese sentido* que está en ella o que quiso darle el legislador. En el caso que analizamos, *y desde esta perspectiva tradicional*, la corte no aplicó el artículo 390 del Código Penal (ni tampoco otros artículos pertinentes) o, cuando menos, resultaría sumamente difícil justificar que hubo tal aplicación.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, la corte aplicó dicho

[30] Dejo al lector el análisis de esta línea argumentativa de la sentencia. Ver los ejercicios del final de este capítulo.

artículo (y los otros), en el sentido de apoyar en ellos su sentencia dándoles sí *un uso* inesperado. Así, por ejemplo, tratándose de un victimario y una víctima que eran cónyuges, ningún penalista con anterioridad a este fallo habría entendido que la expresión "conociendo las relaciones que lo ligan" se refiere a otra cosa que saber el uno que era cónyuge del otro. Para resolver el problema que tenía delante, la corte optó por usar este artículo como exigencia de *que se tenga conciencia de la contradicción entre la conducta de matar y el valor que el derecho protege en la relación conyugal de que se es parte.* Puede ser conveniente recordar en este punto que no estamos diciendo que *todo* uso vale, ya que sólo valen aquellos usos que son aceptados por el auditorio pertinente, tema que abordaremos en el capítulo siguiente. Pero esto en nada nos impide reconocer que, efectivamente, la corte ha mirado los artículos pertinentes como medios para lograr un fin, esto es, como herramientas susceptibles de ser usadas de una manera poco común pero útil para producir el resultado buscado cual era que Guillermina Toledo no fuese condenada a muerte.

Lo que hemos observado en esta sentencia, así como también en la sentencia del Tribunal Constitucional, se explica mal a través del prisma de las teorías que miran la interpretación jurídica como un ejercicio para descubrir en la ley un sentido de antemano dado *allá afuera.* Esta dificultad para dar cuenta de lo que hemos observado se da por igual, sea que ese sentido allá afuera se pretenda descubrir en la ley misma, incorporado en los significados de sus palabras y en las relaciones lógicas entre sus distintos textos; sea que corresponda a la voluntad del legislador, la cual se pretenda descubrir en la propia ley o en otros documentos. No se ve una explicación creíble de lo que hemos observado en estas dos sentencias ni en términos de los llamados métodos lógico-sistemáticos de interpretación ni en términos de los llamados métodos históricos de interpretación. Y la razón de que no se visualice tal explicación es muy sencilla. Desde luego, no se podría sostener con seriedad que el sentido que en estas decisiones se dio al artículo 11 transitorio y 18 de la Constitución, o al artículo 390 del Código Penal o al 173 del

Código Orgánico de Tribunales,[31] estaba *allá afuera*, dado de antemano. Lo que ocurre, en realidad, es que ninguno de los dos tribunales consideró siquiera que su tarea fuese dar cuenta de la descripción de fábrica de las herramientas disponibles ni tampoco dar cuenta de una autodescripción de las propias herramientas, la que se impondría a la razón. Ambos consideraron, en cambio, que su tarea era resolver el problema concreto que tenían delante –un problema de legitimidad institucional y un problema de castigo desmedido– para, lo cual echaron mano a su arsenal de herramientas y *buscaron cómo usarlas* en esta particular ocasión para producir la solución que a juicio de ellos el problema requería. El uso que encontraron adecuado resultó ser diferente al uso para el cual estas herramientas se concibieron y era diferente también al uso que normalmente habían recibido hasta ese momento.

En síntesis, todo indica que la explicación que hemos dado de la interpretación de la ley como *uso* de la misma para resolver un problema, permite comprender mejor lo que observamos.

Alguien podría objetar que si bien lo que digo es cierto para estas sentencias, ellas son excepcionales y anómalas, digamos *malas sentencias*. Mi respuesta es la siguiente. En primer lugar, las sentencias útilmente analizables desde esta perspectiva no son solamente estas dos, ni siquiera son pocas. En mi experiencia, han sido *todas* aquellas que he sometido a un análisis detallado. Más aún, en mi experiencia profesional lo que he visto hacer a las cortes, a la autoridad administrativa, a los colegas con quienes he tenido asuntos en común y a mí mismo, es precisamente esto: mirar la ley como instrumento a ser usado para producir la solución que se busca. Enseguida, es un camino intelectualmente peligroso aquel de considerar *malas* las sentencias. Los jueces fallan como fallan, y el derecho es el que es. Lo contrario –como alguna vez expliqué a un alumno– es como que alguien formulara una teoría conforme a la cual los osos son azules. Llevo a esa persona al bosque y se aparece un oso café. Entonces él me dice "es que ese oso está malo".

[31] Otro artículo cuyo extraordinario uso el lector podrá apreciar si analiza la sentencia completa del caso de Guillermina Toledo.

Más adelante se nos cruza un oso negro. Insiste él: "ese oso también está malo". Uno se pregunta si estarán malos los osos o la teoría de que los osos son azules.

Lo que sí es una observación interesante es que hay también muchas sentencias que, a todas luces, constituyen un verdadero ejercicio de pizarrón en que se busca dar con el sentido de la ley conforme a los tradicionales métodos lógico-sistemáticos o históricos, la rutina completa de diccionario de la Real Academia, análisis de relaciones lógicas entre artículos pertinentes, actas de sesiones del Congreso, Mensaje, etc. Pero, en realidad, el hecho que existan muchas tales sentencias en nada se contrapone a lo que he planteado. Al fin y al cabo, a veces ocurre que uno, estando con un desatornillador en la mano, tiene la suerte de que lo que se encuentra delante es un tornillo. Usar un desatornillador para destornillar, conforme a la literalidad de las instrucciones de fábrica e intenciones expresas del fabricante, *es también un uso* del mismo que, *en ciertos casos*, resuelve el problema que se quiere resolver precisamente de la manera en que uno quiere resolverlo. Más aún, si la legislación se ha elaborado con inteligencia (cosa que es decididamente así en ciertos cuerpos legales y decididamente no es así en otros); y si un núcleo de sus usos tradicionales se ha mostrado suficiente para encarar las más diversas situaciones; es probable que muchos problemas venideros puedan resolverse bien sin que sea necesario recurrir a nuevos usos. Eso en nada cambia lo que hace un tribunal. El tribunal busca dar solución al problema que tiene delante, usando al efecto el instrumental legal disponible, sea conforme a las instrucciones de fábrica, sea dándole un uso novedoso.

A continuación me referiré brevemente a dos casos de esos *de pizarrón*, pero que son de especial interés porque es manifiesto que el tribunal buscaba dar determinada solución a un problema y encontró que, precisamente, la descripción de fábrica de la herramienta le daba el uso más efectivo para lograr sus fines.

El primer caso se refiere no a la ley sino a un contrato. En *El Mercader de Venecia*, Shylock tiene derecho a exigir una libra de carne del cuerpo de Antonio, su deudor. Portia considera inaceptable que se dañe a Antonio y da al problema una salida

imponiendo que el contrato se use de la manera más estricta conforme a su descripción de fábrica. Es así como ella confirma a Shylock su derecho a la libra de carne pero advirtiéndole que, bajo pena de aplicársele los severísimos castigos que contempla la ley veneciana para lesiones injustificadas, él debe cumplir estrictamente con el contrato, esto es, cortar de Antonio la libra de carne exacta, ni un ápice más o menos, y todo sin derramar una gota de sangre, ya que el contrato sólo habla de carne y no de sangre, Shylock, obviamente, opta por no hacer efectivo su derecho y así Portia logra dar al mismo contrato que Shylock esgrimía un *uso* diferente a aquel que éste tenía en mente pero que constituía la más fiel aplicación de las instrucciones de fábrica del texto. De ese modo ella da al problema la solución que buscaba.

Es evidente cómo la lectura que hace Portia del texto está marcada por su propósito de dar al problema que tiene delante lo que ella considera ser una solución razonable y prudente. Ahora bien, si ella hubiera buscado otros resultados, ¿podría haber usado diferentemente el texto del contrato? Por cierto que sí. Podría haberlo usado diferentemente argumentando, por ejemplo, que es de toda lógica que una persona tenga derecho a realizar todo lo necesario para llevar a cabo aquello a lo cual tiene indiscutido derecho. Y para cortar una libra de carne, es necesario que se vierta sangre.

El 29 de abril de 1934, un tren atropelló y mató a don Carlos Shirizawa. La viuda y los hijos demandaron a Ferrocarriles del Estado, y la empresa fue condenada al pago, a contar del 1° de mayo de 1934, de una renta vitalicia de $ 500 para la viuda (y otras pensiones para los hijos). En 1934, la renta mensual de $ 500 permitía a la viuda cubrir sus gastos mensuales. En 1961, la renta de $ 500 alcanzaba para comprar, por una vez, un poco de pan. En 1961, la viuda y sus hijos demandaron a Ferrocarriles del Estado para que reajustara las rentas vitalicias según el alza del costo de la vida informado por el Servicio Nacional de Estadísticas.

No existía en esos años disposición legal alguna que impusiera el reajuste de las deudas y no estaba en la cultura reinante que fuese siquiera conveniente reajustarlas. Por el contrario, existía legislación que claramente reafirmaba la no reajustabili-

dad de las obligaciones.[32] Sin embargo, el tribunal de primera instancia dio la razón a la viuda. Para llegar a este resultado, el juez hizo un uso novedoso del artículo 170, número 5, del Código de Procedimiento Civil y más novedoso aún del principio doctrinario del enriquecimiento sin causa. Dejaré al lector, en un ejercicio de final de capítulo, la tarea de analizar este fallo. Lo que ahora quiero comentar es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que en 1963 dio la razón a Ferrocarriles del Estado, denegando el reajuste pedido.[33]

El razonamiento de la Corte se apoyó de manera directa en dos disposiciones legales. En primer lugar, hizo presente que la sola inflación no generaba para Ferrocarriles del Estado obligación alguna para con los Shirizawa, ya que conforme al artículo 1437 del Código Civil sobre las fuentes de las obligaciones, éstas nacen ya sea de un contrato, ya sea de un hecho por el cual se ha dañado a otro o de una ley. Como en este caso ni había contrato entre Ferrocarriles y los Shirizawa, ni la inflación era un hecho de Ferrocarriles del Estado por el cual tuviera que indemnizar a nadie, ni había ley que impusiera reajustar las rentas vitalicias, entonces no había nueva obligación por la cual Ferrocarriles del Estado tuviera que responder. Luego, los Shirizawa no podían sino estar pidiendo que se modificara la cuantía de la antigua obligación, puesto que nueva obligación no había. Pero entonces, prosigue la Corte, tampoco tienen derecho puesto que no se podía reabrir un asunto ya resuelto, conforme lo impide el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que regula la excepción de cosa juzgada que había hecho valer la defensa. En efecto, se daba entre la demanda ya resuelta y esta nueva demanda la identidad legal de personas (Shirizawa y Ferrocarriles del Estado), la identidad de cosa pedida (indemnización, ahora por una mayor cuantía) e identidad de

[32] Por ejemplo, el artículo 2199 del Código Civil disponía que "Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato". Este artículo fue derogado el año 1974 al entrar en vigencia legislación que contemplaba el reajuste. Así también, el artículo 1569 del Código Civil (aún vigente) disponía que "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes".

[33] Guzmán viuda de Shirizawa con Empresa de Ferrocarriles del Estado, Corte de Santiago 19/6/63, Casación de Fondo 23/12/63.

causa de pedir (el accidente de responsabilidad de Ferrocarriles del Estado).

En lenguaje de la Corte, "[...] No puede pretenderse[...] alzar o variar la obligación de pagar una suma de dinero, salvo convención expresa de las partes o ley que así lo establezca, en función del alza experimentada por el costo de la vida,[...] pues tal hecho o circunstancia no es fuente de obligaciones[...] porque en nuestro derecho lo son únicamente las que en forma taxativa enumeran los artículos 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria" (considerando 10). Y, enseguida, "Que, por tanto, concurren en el caso de autos todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para que pueda alegarse y operar la excepción de cosa juzgada opuesta en este juicio por la parte demandada, debiendo ella acogerse" (considerando 11).

Como se puede apreciar, estaríamos ante uno de esos casos de pizarrón donde, a todas luces, el tribunal tuvo por objetivo simplemente decir lo que la ley decía. Sin embargo, en un seminario ocurrido en la década de los años noventa, Rubén Galecio, uno de los ministros que votó a favor de este fallo, señaló lo siguiente: "Yo voy a decir algunas cosas que no sabe nadie[...] sobre el caso 'Guzmán viuda de Shirizawa y otros con Ferrocarriles del Estado'. Fui uno de los ministros que falló en segunda instancia[...]. Era la sexta sala del año 1961. Se hizo la relación del asunto; alegaron las partes; creo que por la viuda lo hizo el entonces consultorio gratuito del Colegio de Abogados. Los otros ministros eran Israel Bórquez y Benjamín Rivera. Yo acababa de llegar a la Corte de Apelaciones y les tenía un respeto enorme; dijeron: 'Si damos lugar a esta demanda, se va a descargar el proceso de las reajustabilidades, van a quebrar las cajas de previsión, va a quebrar Ferrocarriles, la catástrofe' (eso es lo que se pensaba y es lo que dijeron ellos). A mí me había convencido el fallo del juez. Pensaba que no había cosa juzgada, que era distinta la causa de pedir. Sin embargo, por una debilidad, me dije: 'No vale la pena que dicte un voto disidente, así es que voy a firmar'; y firmé".[34]

[34] En "Razonamiento judicial", Editor: Carlos Cerda Fernández, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1995, pág. 231.

Menciono esta sentencia sólo para ilustrar como es perfectamente compatible el *uso* de la ley para lograr una finalidad (en este caso, para que no se desate la "catástrofe" de las reajustabilidades), con una argumentación de pizarrón que defiende la sujeción estricta a los textos legales (en este caso a las disposiciones sobre fuente de las obligaciones y sobre cosa juzgada). Como decía antes, usar el desatornillador para desatornillar no es más que uno de los tantos *usos* que se le pueden dar.

Pero si bien éste es un caso de uso de la ley como cualquier otro, el tipo de uso más interesante no es aquel –como lo es éste– en que se oculta la finalidad buscada y se echa mano de textos legales que se hacen valer por otros motivos. El uso más interesante es aquel en que se explicita la finalidad buscada y se hace una verdadera propuesta política de entender nuestra tradición normativa de una nueva manera que además de resolver el problema que se tiene delante enriquezca nuestra convivencia futura. Tal fue el caso del Tribunal Constitucional analizado más arriba.

3. HERMENEUTICA

En resumen, el abogado (sea en su calidad de juez, de asesor o de litigante) centra su atención en lo que estima una solución deseable para el problema, y busca manera de usar la ley para que se haga efectiva esa solución. Ese *uso* es lo que da vida aquí y ahora a la ley para hacer frente al problema concreto que aquí y ahora se enfrenta. Darle vida aquí y ahora a un texto es encontrarle uso para satisfacer las necesidades que enfrentamos, esto es, para solucionar razonable y prudentemente los problemas concretos que tenemos delante.

Darle vida aquí y ahora a un texto es la función de la hermenéutica.

La hermenéutica se perfiló como disciplina especial en el siglo dieciséis durante la reforma protestante cuando, ante la pretensión católica sobre la autoridad de la iglesia para interpretar los textos bíblicos, los reformadores defendían la lectura directa, no mediada, de las escrituras, lo que requería de instrumentos adecuados de interpretación. A las necesidades de los reforma-

dores se agregaron, como motores de desarrollo de la disciplina, aquellas de la jurisprudencia y de la filología clásica.

Los filósofos de la Ilustración, quienes buscaban sistematizar todo conocimiento sobre bases ciertas, hicieron de la hermenéutica parte de la lógica, buscando principios, conceptos y métodos generales que fueren válidos en todos los campos de estudio para encontrar en los textos su sentido. Los pensadores del romanticismo dieron un vuelco a este enfoque ilustrado de la hermenéutica, reconociendo que el significado no resulta de este o aquel texto aislado, sino de la creación total de un autor y de la cultura en que éste se encontraba inserto. Podríamos decir que el paso de la hermenéutica de la Ilustración a la hermenéutica romántica se puede visualizar como el paso de los métodos lógico-sistemáticos a los métodos históricos de interpretación. Los primeros buscan el sentido de la obra en la obra misma, como objeto con significado autónomo, inmutable, independiente de los fines del autor y de los vaivenes de la cultura. Los segundos, en cambio, buscan el sentido de la obra en la intención del autor.

Son éstas las dos alternativas sobre cuya base, normalmente combinada, se suele explicar la interpretación jurídica en las escuelas de derecho. La primera centra la atención en el significado de las palabras, en la gramática de las oraciones, en la ubicación de comas y puntos que circunscriben unidades de significado, en las relaciones lógicas entre unas y otras oraciones del mismo texto o de textos relacionados. La segunda en cambio enfoca la mirada sobre las discusiones parlamentarias, el mensaje del ejecutivo, los problemas que con esa legislación se trataba de resolver conforme consta en otra documentación de la época. Notemos que en ambos casos se supone que el intérprete tiene un acceso intelectual directo, no obstruido, ya sea al sentido contenido en la obra misma o a la intención del autor. Pero esta suposición ha resultado ser contraria a la experiencia.

Es así como el siglo veinte agrega a estas dos fuentes de sentido –la obra y su autor– una tercera cual es el lector. Se toma conciencia de que el lector no es una hoja en blanco capaz de recibir sin distorsión el sentido cristalizado en la obra o la intención del autor. Por el contrario, el lector inevitablemente contribuye a la obra un sentido que no estaba ni en ella

misma ni en la intención del autor. *Inevitablemente* porque el lector no puede sino leer a través del prisma de sus prejuicios. Esto ya no era novedad puesto que, gracias al trabajo de Marx sobre la alienación, de Nietzsche sobre la falsa conciencia y de Freud sobre la ilusión, se aceptaba que nuestra propia conciencia no es un vehículo neutro ni para comprender las obras mismas, como lo hubiera querido la Ilustración, ni para comprender las intenciones de los creadores del pasado ni la cultura de su tiempo, como lo hubiera querido el romanticismo.

Hubo además en la segunda mitad del siglo veinte un gran paso adicional dado por Hans Georg Gadamer en el ámbito mismo de la hermenéutica con dos aportes de gran interés. El primero fue destacar que nuestros prejuicios no son necesariamente una insuficiencia o defecto de nuestro entendimiento, sino que son más bien condición de posibilidad de nuestra comprensión de las cosas. Trate el lector, por ejemplo, de darle sentido al mandato del Deuteronomio: "Honra a tu padre y a tu madre", y comprobará cuán necesarios para su comprensión del texto le resultan sus prejuicios acerca de lo que son y deben ser las relaciones entre hijos y padres. Pero esto plantea una dificultad cual es que, si la obra queda irremediablemente fuera de nuestro alcance en razón de nuestros inevitables prejuicios, entonces toda interpretación de ella vale por igual puesto que mis prejuicios, que conducen a determinado entendimiento de la obra, son tan legítimos como tus prejuicios que conducen a una conclusión diferente.

Gadamer hace frente a este problema con su segundo gran aporte que es lo que él denomina la *conciencia histórica efectiva.*

No es que el lector, desde los prejuicios propios de su situación actual, simplemente se desligue del sentido que aporta la obra que interpreta. Si se refiriera a nuestro ejemplo bíblico, Gadamer diría que existe un vínculo entre el sentido que tuvo el mandamiento para esa tribu del levante y el sentido que le damos nosotros desde nuestra situación actual. Ese vínculo resulta de que nuestra conciencia –aquella conciencia prejuiciada con la cual interpretamos la obra– está a su vez marcada por nuestra historia que, entre otras cosas, ha incorporado y conservado la cultura del Antiguo Testamento, por cierto mediando múltiples transformaciones de ella. La ha incorporado y conservado a

través de las prácticas familiares en nuestra tradición judeocristiana, a través de las enseñanzas de la iglesia, de la literatura, etc. Por así decir, la conciencia con que interpretamos el texto, a la vez está determinada por la historia y pertenece a la historia. Este es el doble sentido de lo que Gadamer denomina la conciencia histórica efectiva.

La conciencia histórica efectiva es la vía por la cual Gadamer se aleja de los dos polos tradicionales que son el objetivismo y el relativismo. Ambos suponen una distancia entre el sujeto y el objeto, sosteniendo el objetivismo que esa distancia se puede *eliminar* mediante el uso correcto del método, y sosteniendo el relativismo que esa distancia es simplemente infranqueable de modo que no existen sino las lecturas subjetivas de la obra que se interpreta. En contraposición a estos extremos, Gadamer ve en la forma de operar de la conciencia histórica efectiva, un diálogo entre el intérprete y la obra, diálogo que se da en el lenguaje compartido de la historia común a la cual ambos pertenecen. Las conclusiones del diálogo no tienen fundamento objetivo pero tampoco constituyen un capricho, ya que todo malentendido se puede corregir, aunque sólo sea en parte, mediante más diálogo. Es similar a como dos personas se malentienden y entienden conversando. Sus historias personales dificultan el entendimiento (porque los hacen diferentes, los hacen ver y sentir las cosas diferentemente), pero a la vez facilitan el entendimiento (ya que los acercan en los valores y perspectivas que sí comparten). Nunca tendrá uno la certeza de haber comprendido lo que el otro ve y siente, pero el curso de la conversación irá haciendo manifiestos algunos malentendidos y permitirá irlos corrigiendo en un proceso sin término.[35]

Sin embargo, como hemos podido comprobar en las sentencias y ejemplos que hemos analizado, *no es este diálogo el que se da entre un abogado (juez, litigante o asesor) y los textos legales.* Ese

[35] Algunos pensadores del romanticismo, entre los que destaca Wilhelm von Humboldt, anticiparon la idea de que el entendimiento resulta del diálogo. Tuvieron conciencia que el lenguaje no es un objeto dado, estático, sino también una actividad real de interacción entre las personas. Por lo mismo, el sentido no es un dato del texto o de la acción creadora del autor que se pueda transmitir de una persona a otra, sino que el sentido es una coproducción entre un hablante y un oyente que comparten ciertas competencias lingüísticas.

diálogo gadameriano supone un acercamiento contemplativo a la obra que el abogado simplemente no tiene. El abogado se acerca al texto desde la misión propia de su vida activa. Su norte no es comprender la obra sino resolver un problema de la manera que a él parece adecuada.[36] El tribunal no formula una pregunta en busca de que la tradición responda lo que pueda responder. El tribunal que conoció el caso de Guillermina Toledo no dialogó con la tradición del Código Penal buscando descomprometidamente un punto de encuentro gadameriano con el sentido de esa obra. En los casos que hemos visto, el tribunal más bien buscó la manera de *usar* la ley vigente de un modo útil para lograr la solución buscada, sin perjuicio de buscar apoyo para dicho uso en los códigos o en las capas de entendimiento jurisprudencial que dichos códigos gatillaron en el pasado. Y proponer a otros un nuevo *uso*, una nueva manera de entender la tradición, no es sino otra forma de darle vida aquí y ahora a esa tradición. Es en ese sentido una actividad hermenéutica.

Concluiré este capítulo contrastando tres mitos sobre mensajes divinos y la participación del mensajero en darles vida, aquí y ahora, ante los hombres.

En la mitología islámica, el mensaje divino tomó la forma de un libro, el Corán. El arcángel Gabriel lo dictó a Mahoma quien era analfabeto. Esto último aseguró la pureza del mensaje, ya que siendo Mahoma analfabeto, el mensaje divino –el libro– era de Dios solamente, sin intervención posible del mensajero.

En la mitología cristiana, el mensaje divino tomó la forma de un hijo, Cristo. El arcángel Gabriel lo anunció a María quien era virgen. Esto último aseguró la pureza del mensaje, ya que siendo María virgen, el mensaje divino –el hijo– era de Dios solamente, sin intervención posible de la mensajera.

A través de Mahoma y María, el mensaje divino llegó inalterado a los hombres.

En la mitología griega, Hermes –quien da su nombre a la hermenéutica– de niño robó a Apolo un rebaño de vacas y cuando éste lo descubrió, Hermes hábilmente lo persuadió para que

[36] No estoy diciendo que el abogado sea capaz de definir por sí y ante sí, libre de influencias que escapen a su conciencia o control, cuál es una solución adecuada para el problema.

lo perdonara y le dejara el rebaño. Cuando Zeus supo de esto, dijo a Hermes que lo encontraba ingenioso, elocuente y persuasivo. Hermes entonces pidió a Zeus ser su heraldo. Zeus le dio unas sandalias de oro aladas con las cuales poder llevar a la velocidad del viento los mensajes divinos a los hombres, pero incluyó entre sus deberes lograr que se firmen tratados, que se promueva el comercio y que se otorgue libre tránsito a los viajeros en todos los caminos del mundo. Hermes aceptó, diciendo a Zeus "nunca mentiré... pero no puedo prometer que siempre diré toda la verdad".[37]

Pareciera entonces que a través de Hermes los mensajes divinos no llegan a destino inalterados, tal vez porque éste tiene que adaptarlos a cada situación dándoles un nuevo uso que le permita cumplir con su encargo y propósito de mejor relacionar a los hombres.

TEMAS PARA DISCUSION

1. Lea en el anexo el fallo de la Corte de Apelaciones en el caso de Guillermina Toledo. Analice en detalle los razonamientos conforme a los cuales el tribunal concluye: i) que Guillermina Toledo y Humberto Mora no eran cónyuges para efectos del artículo 390 del Código Penal y ii) que el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual la validez de un matrimonio ha de ser apreciada sólo por el juez civil, no es aplicable al caso. Responda a las siguientes preguntas:
   a. ¿Se explican estas interpretaciones de los artículos 390 del Código Penal y 173 del Código Orgánico de Tribunales en términos de haberse aplicado el método lógico sistemático o el método histórico de interpretación?
   b. ¿Son lógicas las inferencias de la corte, aun en términos de lógica informal?

[37] Robert Graves, *The Greek Myths*, Penguin Books, 1981, pág. 65.

c. Si, con anterioridad a este caso, se hubiera examinado a los alumnos de un curso de Derecho Penal acerca de un caso de asesinato de un marido por su mujer, unidos por un matrimonio no declarado nulo, aunque el marido estaba casado de antemano con otra, ¿qué habrían respondido los alumnos acerca del sentido de estos dos artículos? ¿Habrían aprobado el examen si responden lo que respondió la corte?
d. ¿Estaba de antemano *dado* el sentido que la corte dio a estos textos?
e. Se explica mejor lo que se observa si pensamos que la corte estimó que su tarea no era resolver el problema léxico acerca de lo que dice el sistema, sino que era dar una solución que tenga sentido al problema de la condena a muerte de Guillermina. Para esto dio un *uso* inesperado a los artículos en discusión. Comente.

2. Puede llamar la atención que lo que la corte *dice* es que los referidos artículos *tienen* (y, por tanto, siempre tuvieron) el sentido que ella indica. Explore las diferencias entre *lo que se dice* y *lo que se hace con lo que se dice.*[38] Por ejemplo, digo en la mesa "¿podrías pasarme la sal?". Lo que *hago* con ese decir es mandar (educadamente) se me pase la sal. ¿Qué *hace* la corte cuando *dice* que los artículos en cuestión *tienen* el sentido que ella indica? Comente la siguiente respuesta: lo que la corte *hace* con su decir, es *una propuesta*, esto es, proponer que así se entiendan los textos para dar al problema una solución que tenga sentido y, tal vez también, para que se tenga presente como nueva posibilidad de entendimiento de nuestra tradición jurídica para eventuales situaciones futuras. Y si así se entendiera el fallo, vale decir como una propuesta, ¿cómo se concilia tal entendimiento con lo que decimos ser el efecto declarativo de las sentencias?

[38] El análisis clásico de esta materia se encuentra en J.L. Austin, *How to do things with words.*

RETORICA

Glendower: *Yo soy capaz de llamar a los espíritus de las vastas profundidades.*
Hotspur: *Bueno, yo también y cualquier hombre puede llamarlos. ... ¿Pero* ***vendrán*** *cuando los llames?*
Shakespeare, Enrique IV

1. LA ARGUMENTACION COMO ACCION

Recordemos que en el centro de la actividad del abogado está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Es así como su profesión lo sitúa de lleno en la *vida activa.* En esto no difiere ni del médico ni del constructor. Pero, enseguida, el camino del abogado toma un rumbo diferente del de aquellos porque, cualquiera sea la solución que él dé al problema que enfrenta, ella siempre consiste en lograr que otras personas actúen de cierta manera. El litigante debe lograr que un tribunal falle de cierta manera; el asesor debe lograr que terceros no pongan en duda los derechos de su cliente; el tribunal debe lograr que los tribunales superiores no reviertan su fallo y, en todo caso, que las partes –y en algunos casos el grueso público– acepten la decisión como aplicación motivada de la ley y de valores compartidos, y no como un acto de mera arbitrariedad y capricho. Si el abogado no logra en los hechos generar esas acciones y reacciones por parte de su respectivo auditorio, entonces simplemente no ha cumplido con su cometido central cual es dar a ese problema concreto de alguien la solución que estima justa, práctica o adecuada en algún otro sentido.

El abogado produce esa acción mediante su discurso. Más precisamente, como ni el litigante, ni el juez ni el asesor buscan el acuerdo de otros mediante la amenaza de fuerza u otras formas de negociación estratégica de intereses, lo que aquí nos interesa es aquel tipo de discurso que genera *entendimiento,* esto es, que hace que el auditorio reconozca méritos en la acción

propuesta diferentes a su mero carácter de moneda de cambio para alcanzar otros propósitos.

Pero en este punto es fundamental no perder el norte. La finalidad última del abogado no es lograr el entendimiento de otros *per se*, sino lograr *su acción* mediante ese entendimiento. No le basta que el otro reconozca los méritos de sus planteamientos, sino que necesita que el otro *actúe* conforme a ellos. Sólo de ese modo resuelve el problema concreto que le ha sido encomendado resolver.

Pues bien, el lector sabe que no todo discurso que llame a la acción mueve en los hechos a la acción. Se pueden dar excelentes razones a un niño para que estudie –razones que él acepte como correctas– y sin embargo no estudia. Asimismo, cualquiera que dirija una empresa sabe de la distancia que existe entre las irrebatibles razones técnicas a favor de un cambio de comportamientos, y el cambio de comportamientos mismo. Y en el proceso que analizamos en el capítulo anterior, por el cual el Tribunal Constitucional aceptó que el plebiscito de 1988 contara con tribunal calificador de elecciones, no bastó el impecable raciocinio de los ministros Ortúzar, Aburto y Urzúa en contra de esta decisión, para que los demás ministros, más allá de seguramente entender la postura, les dieran su voto.

Por cierto que no se puede garantizar que un determinado discurso vaya efectivamente a mover a otra persona a la acción. Esa persona es libre y bien pudiera incluso haber resuelto de antemano que no actuará, se le diga lo que se le diga. Pero la imposibilidad de esa garantía en nada impide estudiar el discurso apto para mover a los demás a la acción, tal como el hecho que no se pueda garantizar el resultado de un partido de tenis en nada impide que el deporte se pueda estudiar y practicar. Ese tipo de discurso se conoce como *retórica*. El primero en llevar a cabo su estudio fue Aristóteles.

2. TRES PILARES DE LA RETORICA

Aristóteles define la retórica como "la habilidad de ver, en cada caso, los medios disponibles de persuasión".[39] Notemos cómo, conforme a esta definición, los medios disponibles de persuasión no se reducen a un arsenal predefinido y universal sino que han de ser vistos *en cada caso.* Esto es importante. En otras palabras, la retórica no es expresión de una racionalidad proposicional que vincula unas proposiciones con otras, conforme a ciertas reglas abstractas; sino que refleja una racionalidad instrumental que relaciona proposiciones con situaciones, conforme a prácticas sociales concretas.

Une breve ilustración servirá para dar una primera idea sobre este punto. La regla de inferencia conocida como *modus ponens* es de aquellas a las cuales se circunscribe la racionalidad proposicional y que vinculan proposiciones entre sí, de manera independiente de cada situación y, por tanto, aplicables *a todos los casos.* Esta regla dice que, si A es el caso, y A implica B, entonces B es el caso. Su validez depende de las proposiciones mismas y no de las circunstancias del caso al punto que ni siquiera es necesario precisarlas, bastando la referencia esquemática a "A" y "B". En cambio, como todo abogado sabe, el aforismo *a contrario sensu* no resulta de un vínculo inevitable entre proposiciones y, por lo mismo, su aplicabilidad depende de las circunstancias de cada caso. Si el letrero en una botillería prohíbe vender bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años, es razonable concluir que, *a contrario sensu,* se permite venderlas a mayores de dieciocho. En cambio si el letrero en un elegante hotel prohíbe entrar con perros, no es razonable concluir que, *a contrario sensu,* se permite entrar con ovejas. Como se ve, este tradicional aforismo jurídico encuentra su validez o falta de validez no en relaciones abstractas y predefinidas entre proposiciones, sino en su relación con la situación y práctica social concreta a la cual se pretende aplicar, como ser que en Chile se acostumbra vender alcohol a adultos pero no se estila llevar animales a lugares elegantes.

[39] Retórica 1355ª, 25-30.

En términos más generales, en tanto que la racionalidad proposicional es un producto de sala de clases, cerrado en sí mismo, de perfil técnico y preciso, que se desenvuelve bajo la mirada controladora de los especialistas; la retórica se desarrolla en la ciudad, al aire libre, sin control funcionario, adaptándose a lo que vaya enfrentando en los espacios públicos de debate comunitario. En tanto que la racionalidad proposicional es un juego, donde el desafío es convencer, *pero* pasando de premisas a conclusiones *mediante sus reglas*; la retórica no conoce más límites que las necesidades de acción del momento. Es *accesorio* que no haya sido posible inferir *conforme a tales o cuales reglas* que no se debía entrar al hotel con una oveja: importa que los involucrados no entren con la oveja. Es accesorio que las inferencias del fallo se sujeten a las reglas de tal o cual juego lógico: importa que el plebiscito de 1988 cuente con tribunal calificador de elecciones.

Y no por eso deja de ser racional la retórica. Como expresión de la racionalidad instrumental, ella *es* –valga la redundancia– *racional*. No son caprichos sino *razones*, muchas de ellas abstraibles de la situación misma, aquello sobre cuya base persuadir a otro que no entre al hotel con su oveja, aun cuando mediante una racionalidad proposicional no se haya podido inferir la prohibición a partir del letrero que prohibía entrar con perros. Hay *razones* sobre cuya base el abogado puede lograr que los otros acepten entender que el letrero se ha de aplicar también a las ovejas. Asimismo, el Tribunal Constitucional encontró *razones*, muchas de ellas abstraídas de la situación política del momento, sobre cuya base persuadir a otros que debíamos tener tribunal calificador de elecciones para 1988, aun cuando no se haya podido inferir esa conclusión proposicionalmente a partir de los artículos 11 transitorio y 18 de la Constitución. El Tribunal Constitucional se apoyó en esas razones para invitar a una lectura diferente de los referidos artículos de manera que se entiendan exigir tribunal calificador de elecciones para 1988.

El hombre es racional, pero eso no significa que tenga que jugar siempre este o aquel juego particular de racionalidad. A veces lo que está en juego es demasiado importante para jugar el juego. Es lo que suele ocurrir al abogado que necesita que se produzca determinada acción ante un problema concreto de

alguien. El abogado no está disponible para jugar el juego de *qué se puede inferir del 11 transitorio y 18 mediante el sistema clásico de lógica deóntica*, si lo que está en juego es la legitimidad del futuro institucional de Chile.

Pues bien, esta libertad para usar "*en cada caso*, los medios disponibles de persuasión", es uno de los tres pilares en que se apoya la retórica.

Continuando nuestro análisis de la definición de Aristóteles, cabe ahora preguntar *cuáles son* esos medios de persuasión referidos en la definición comentada, esto es, qué hace que un argumento sea persuasivo. La respuesta del propio Aristóteles es sencilla y de Perogrullo: "Un argumento es persuasivo porque hay alguien a quien persuade".[40] Dicho de otro modo, y muy en su estilo, Aristóteles nos dice que observemos el mundo y sabremos qué es lo que persuade. Observemos ese mundo, entonces.

Comencemos con lo evidente, a saber, que en todo ejercicio de retórica hay un orador y un auditorio y, parafraseando a Aristóteles, *es persuasivo lo que persuade al auditorio.* Esta afirmación de Aristóteles parece obvia conceptualmente y además inútil como guía práctica, pero en realidad no es ni lo uno ni lo otro. De hecho, es tan poco obvio lo que dice Aristóteles que, normalmente, actuamos como si pensáramos todo lo contrario, vale decir, ¡Actuamos como si pensáramos que lo persuasivo es lo que persuade *al orador*! Recordemos todas las veces que hemos presentado a alguien lo que consideramos un excelente argumento para sustentar nuestra posición, y después simplemente *no podemos creer* que ese alguien (nuestro auditorio) sigue impermeable, insiste majaderamente en lo que ya nos ha objetado tres veces antes sin convencernos, *no quiere entender.* Y entonces, como nuestro argumento nos parece excelente, se lo repetimos, tal vez con otras palabras y de seguro en un tono más elevado, pero él sigue sin ver lo obvio, claramente muy prejuiciado o con intereses mezquinos que defender. Nos despedimos en no muy buenos términos, pensando que nuestro argumento era excelente y que la falla estuvo en el otro que simplemente se negó a entender. Pues bien, si fuera tan obvio

[40] Retórica 1356b 25-28.

lo que dice Aristóteles, no le echaríamos la culpa al otro sino a nuestro propio argumento: es persuasivo lo que persuade al auditorio, de modo que si no persuadimos a nuestra contraparte, significa simplemente que *nuestro argumento no fue persuasivo,* no fue excelente. Así de simple. Y, ahora, lo *útil* de la definición de Aristóteles es que nos impide echar la culpa al empedrado y nos obliga a concentrarnos en los medios efectivos para lograr la acción colectiva que, al fin y al cabo, es la razón última de nuestros desvelos como abogados.

Lo recién dicho es el segundo pilar sobre el cual se apoya la retórica. Esto es, la retórica pretende ser un discurso *actuante* y no meramente comunicativo, de modo que no puede sino evaluarse por el resultado de su acción. El propósito del retórico no es comunicar sus buenas razones, sino lograr *que se actúe colectivamente de cierta manera.* Al retórico no lo consuela saber que él *tenía la razón,* sino que necesita que *se actúe* conforme a sus razones. Es natural, entonces, que la definición que da Aristóteles de lo persuasivo esté a la altura de esta alta exigencia que se autoimpone el discurso retórico: es persuasivo lo que persuadió pero no lo es, en cambio, esa argumentación irrebatible sobre la inocencia del señor pero, claro, el señor terminó en la horca porque el auditorio no fue persuadido.

Algo que a estas alturas ya será evidente para el lector es que el retórico *necesita de su auditorio* si lo que busca es lograr determinada acción colectiva que *ese* auditorio debe realizar, aprobar o impulsar. Esto da al discurso retórico un carácter extraordinariamente abierto *al otro,* especialmente dispuesto a tomar en cuenta al otro como es, sin condena ni tampoco indiferencia, sino asumiendo la visión que ese otro tiene del mundo, visión a partir de la cual el retórico debe comenzar su trabajo. De aquí nace esa regla de oro del retórico y tercer pilar en nuestra descripción, cual es *adaptarse al auditorio.*

Me ha tocado escuchar más de un malentendido acerca de lo que significa esta adaptación al auditorio, de modo que haré de inmediato un par de aclaraciones.

En primer lugar, adaptarse al auditorio no es aceptar la posición del auditorio respecto de qué hacer ante el problema debatido. El retórico no es el político populista que hace de mero eco a su auditorio. Más bien, el retórico actúa con su auditorio como lo

hace el navegante con los vientos y corrientes. No es que el navegante se desplace cual náufrago sobre una tabla a donde lo lleven los vientos y corrientes, sino que toma en cuenta y se apoya en esos vientos y corrientes, pero para seguir el rumbo que él se ha propuesto seguir y llegar donde él se ha propuesto llegar. Así por ejemplo, y como será obvio para el lector, si he logrado persuadir a alguien de algo es porque lo he conducido desde *sus* premisas a *mis* conclusiones. En eso consiste en grandes líneas la adaptación: tomar en cuenta las premisas del auditorio. Y es obviamente necesaria esa adaptación porque, argumentar desde *mis* premisas para llegar a mis conclusiones deja a mi auditorio simplemente al margen de mi monólogo, sin tomarlo en cuenta y, por lo mismo, sin persuadirlo.

Enseguida, adaptarse al auditorio no es manipulación sino consideración del otro. Cuando el lector alguna vez ha simplificado su lenguaje para dar una explicación a un niño, mal podría decirse que ha estado manipulando al niño, sino más bien habría que decir que lo ha tomado en cuenta, que lo ha considerado. Cuando en mi ejercicio profesional explico un negocio empresarial a una autoridad que es contador de profesión, se lo explico con gran énfasis en términos de la naturaleza contable de las operaciones; cuando explico el mismo negocio a una autoridad que es abogado de profesión, se lo explico con gran énfasis en términos de la naturaleza jurídica de las operaciones. Ninguna de estas autoridades está siendo manipulada sino, por el contrario, me estoy adaptando a su lenguaje y visión de los negocios *para incorporarlo* a un diálogo que haga posible el entendimiento.

Estos son entonces los tres pilares que dan su especial configuración a la retórica. La total libertad para usar "*en cada caso*, los medios disponibles de persuasión", sin sujeción a un determinado juego preestablecido de reglas inferenciales; el carácter actuante del discurso, cuyo propósito no es meramente comunicar sino producir acción; y la adaptación al auditorio.

3. LAS HERRAMIENTAS DEL OFICIO

Dado este marco, ¿cuáles son las herramientas concretas con que trabaja el retórico? Para responder, es muy ilustrativo hacer

un paralelo entre la demostración y la persuasión. En ambas hay dos etapas cuales son el establecimiento de premisas y el progreso desde las premisas a las conclusiones, pero con las diferencias que indico enseguida.

En una demostración importa que a las premisas se atribuya el carácter de verdaderas. La verdad que se les atribuye puede ser empírica, metafísica, revelada, meramente convencional, da igual.[41] Una vez establecidas las premisas, la demostración traslada paso a paso hasta la conclusión, el *valor de verdad* que se ha atribuido a las premisas.

En un ejercicio de persuasión, en cambio, importa que las premisas cuenten con la adhesión del auditorio. No basta, por ejemplo, que las premisas sean verdaderas si el auditorio no cree en ellas, ni tampoco basta una mera aceptación convencional de las mismas, ya que esto no genera compromiso suficiente con las conclusiones como para que, al final, se produzca por parte del auditorio la acción buscada. Una vez establecidas las premisas, la persuasión traslada paso a paso a la conclusión *la adhesión* que el auditorio tiene por las premisas.[42]

La demostración tiene rasgos de juego, más precisamente de un juego de *solitario*. El que demuestra no interactúa con su auditorio, de hecho no necesita auditorio. Uno puede hacer demostraciones sólo en su casa. Si llega a haber auditorio, la demostración no es conversación sino *one man show*. El que demuestra trabaja con ciertas reglas de inferencia y su desafío es llegar desde las premisas hasta las conclusiones utilizando solamente esas reglas. Algo así como el desafío de hacer ciertos dibujos sin levantar el lápiz. Lo particular de las reglas del jue-

[41] Los sistemas axiomáticos modernos no pretenden que sus axiomas *sean* verdaderos, sino que simplemente *suponen* la verdad de los axiomas como hipótesis de trabajo sobre cuya base explorar lo deducible en el sistema. Es un tema instrumental, independiente de consideraciones lógicas, que el sistema resulte ser buen o mal modelo de algún aspecto de la realidad. Por cierto que, salvo en contextos lúdicos, siempre se trata de construir sistemas que modelen lo mejor posible aquello que interesa comprender. Lo interesante es que el éxito de ese esfuerzo requiere que ya de antemano se comprenda el aspecto de la realidad que se busca modelar.

[42] Chaim Perelman desarrolla la idea de traslado de adhesión en su *Traité de l'Argumentation* escrito junto con Lucie Olbrechts-Tyteca. Hay una excelente síntesis en inglés titulada *The Realm of Rhetoric*.

go demostrativo es que están pensadas para trasladar valor de verdad. Es así como estas reglas se definen de manera que sea imposible que sean verdaderas las premisas pero falsa la conclusión a la cual esas reglas conducen.

El retórico, en cambio, no está para juegos y si las circunstancias requieren levantar el lápiz, lo levantará. No está para juegos porque lo que está en juego lo compromete más que el juego. Aquello que lo compromete tanto es *qué hacer* ante la situación concreta que tiene delante. Lo compromete que alguien sea condenado o absuelto; que tales trabajadores sean o no despedidos; que Chile vote de tal o cual manera en el Consejo de Seguridad. Su opción entre condena o absolución, despido o retención, voto favorable o contrario, no puede quedar entregada a lo que resulte de aplicar ciertas reglas de un juego predefinido, sino que depende de su postura moral, de su visión política, de su entendimiento de la historia que ha conducido a la situación que ahora se enfrenta y, por cierto, *también* del valor que atribuye a las reglas de nuestros juegos de convivencia.

Por su parte, en un ejercicio de persuasión el auditorio ya no es mero espectador pasivo y prescindible. Sin auditorio puede haber demostración y uno salta de la tina gritando ¡Eureka! Pero nadie ha sido persuadido. Enseguida, el involucramiento del auditorio en el ejercicio retórico es extremo, al punto que lo que en definitiva ocurra ocurrirá gracias a *su* acción. Y el auditorio tampoco está para juegos. También le importa la condena, el despido o el voto. Tampoco comprometerá su acción por el solo hecho que el orador haya llegado a ciertas conclusiones sin levantar el lápiz. También sujetará su decisión a su propia postura moral, visión política y comprensión de la historia.

Así, entonces, quien demuestra tiene como desafío llegar a ciertas conclusiones utilizando ciertas herramientas. Puede o no haber un auditorio observando el espectáculo y, si lo hay, puede que entienda o no entienda lo que ve, pero nada de todo esto afecta el éxito de la demostración, esto es, el éxito de encontrar una manera de llegar a las conclusiones usando esas herramientas. El retórico, en cambio, tiene un desafío diferente cual es que el auditorio actúe de determinada manera ante el problema concreto que se enfrenta. Como la acción del auditorio depende de su postura moral, visión política, comprensión histórica, todo ello

condicionado por prejuicios sociales e individuales, el retórico no puede sino buscar en ese amplio mar de elementos, prejuicios incluidos, las herramientas con las cuales trabajar. El retórico sabe que el juego demostrativo es un estrecho foco de luz artificial en medio de la inmensidad oscura e indefinida que es ese vasto fondo de posibilidades sin organizar desde donde se puede construir sentido para las cosas. Si el problema es sobre una publicación pornográfica, el retórico sabe que al auditorio le resuenan, probablemente de manera vaga pero acompañadas de algún juicio de valor, ideas acerca de la libertad de expresión, la responsabilidad social por la educación de los niños, la legitimidad del erotismo, algún sentido estético para distinguir la basura de lo valioso, la importancia de tolerar formas de vida diferentes a la propia, la necesidad de controlar los delitos sexuales, la separación entre lo público y lo privado, el respeto por las reglas de convivencia que hemos acordado, lo indeseable de ofender a terceros, la diferencia entre una sexualidad noble y una degradante, materiales todos con los cuales puede dar a una decisión sobre el caso particular un sentido que armonice con la visión de mundo del auditorio. Ese es el vasto fondo de posibilidades sin organizar con las cuales el retórico construye para cada caso sus herramientas.

Regresemos ahora a esas dos etapas de la persuasión que son el establecimiento de premisas y el movimiento desde éstas hacia las conclusiones. Detengámonos primero en el establecimiento de premisas. Lo que se busca –ya lo sabemos– no pueden sino ser premisas por las cuales el auditorio ya tenga adhesión.

Más de una vez se habrá encontrado el lector en situación de tener un buen conocimiento de las premisas de su auditorio respecto del tema en discusión, porque sucede que su auditorio es un amigo, un compañero de trabajo u otra persona cuyo pensamiento conoce bien. En tal caso el lector sabe qué opiniones o perspectivas son aceptables para su auditorio, construyendo a partir de ellas una argumentación, y sabe también qué planteamientos son inaceptables para su auditorio, haciéndose cargo de ese escollo con especial dedicación. Así también, en la vida profesional, el abogado algunas veces puede averiguar de antemano cuáles son las premisas de su auditorio. Por ejemplo, antes de presentar por ventanilla una petición a la autoridad administrativa, el abogado puede ir a conversar con quienes resolverán, para formarse una idea del pensamiento

de la autoridad sobre el tema e incluirlo después en los argumentos contenidos en su petición, sea como punto de apoyo o como materia de la cual hacerse cargo especialmente. Pero todo esto es inusual y lo normal es no contar de antemano con un conocimiento directo de las premisas del auditorio. ¿Cómo, entonces, podemos conocer la visión que el auditorio tiene de antemano sobre la materia discutida, para buscar apoyo –o sea, elaborar premisas– en aquello que de antemano acepta y hacerse cargo con especial cuidado de aquello que de antemano rechaza? Pues bien, lo hacemos sobre la base de una apuesta muy razonable: el auditorio *probablemente* participa de las opiniones y perspectivas propias de la cultura a la cual pertenece. Esas opiniones y perspectivas se conocen como *tópicos*. Incluyen tanto planteamientos explícitos de formulación estándar, como el vasto fondo de posibilidades de sentido sin organizar al cual me refería anteriormente.

El abogado confía en que podrá apoyar sus planteamientos en opiniones o perspectivas tales como *ley especial deroga ley general, ley posterior deroga ley anterior, hay que escuchar a ambas partes, a lo imposible nadie está obligado, no es legítimo el enriquecimiento sin causa*, porque dichos planteamientos son propios de la cultura jurídica a la cual pertenece su auditorio. Confía igualmente que podrá apoyar sus planteamientos en opiniones y perspectivas tales como *la inocencia merece protección, la familia es un pilar de nuestra sociedad*, la *democracia es una forma de gobierno deseable, no hay que entrabar por decreto la productividad de nuestras empresas, Chile necesita ser competitivo*, porque todos éstos constituyen planteamientos que se han decantado en la cultura chilena de esta época.

Quiero destacar las siguientes características de los tópicos:

- Aristóteles, quien dio el nombre a esta materia, comienza su obra indicando que "Nuestro tratado se propone encontrar un camino de investigación por el cual podamos razonar acerca de cualquier problema que se nos presente, a partir de opiniones generalmente aceptadas".[43]
  Es interesante destacar dos cosas en esta cita inicial. En primer lugar, Aristóteles concibe la tópica como un camino de conocimiento, como dice "un camino de investigación por

[43] Aristóteles, Tópica 100ª, 18-20.

el cual podamos razonar". No se trata entonces de un uso mañoso de premisas ajenas para ganar una discusión, sino de un instrumento para esclarecer el problema que se tiene delante. El lector verá que esto es obvio si piensa cuántas veces esclarece su propia comprensión de algún problema apoyándose en opiniones o perspectivas como las citadas anteriormente, esto es, sacadas de nuestro acervo compartido y generalmente aceptado de principios y valores. Si el lector tuviera que tomar postura ante un problema relacionado con la publicación y distribución de pornografía, de seguro que en su fuero interno, sin siquiera ocuparse todavía de persuadir a nadie, echaría mano de los mismos tópicos a que apuntaban más arriba mis comentarios sobre este tema. Y, a este respecto, lo que hace al pensar en soledad para dilucidar el asunto no es otra cosa que lo que hace al argumentar con un tercero, todo lo cual es natural ya que, al fin y al cabo, el retórico suele estar imbuido de la misma cultura que su auditorio.

Y, enseguida, es fundamental destacar que, conforme dice Aristóteles en el texto citado, la tópica es un camino de pensamiento para razonar "acerca de cualquier *problema*". Vale decir, la tópica es una herramienta de pensamiento *centrada en el problema.* Cuando, en lugar de pensarse un problema, se explora lo que es inferible dentro de un sistema, no se echa mano de ese vasto fondo cultural propio o del auditorio. Si quiero determinar si 29 es un número primo, simplemente le aplico la definición de "primo", las reglas del sistema aritmético y llego a la respuesta. Cualquiera sea la visión de mundo del auditorio o mía, todos tendremos que aceptar que el juego aritmético arrojó que 29 es primo. No ocurre lo mismo cuando se piensa un problema, entendiendo por "problema" el *qué hacer* ante una situación concreta. Como dice Viehweg, la tópica es "el arte de pensar los problemas".[44] Volvemos así una vez más a lo que ha sido un hilo conductor de todo este ensayo: el pensamiento del abogado centrado en resolver el problema, no en dar cuenta de un sistema. Es la marca de la vida activa.

[44] Theodor Viehweg, *Topics and the Law,* capítulo 3.

- Los tópicos, vale decir estas opiniones y perspectivas de general aceptación, sirven de premisas sobre las cuales apoyar la argumentación. Sirven de premisas precisamente porque su general aceptación implica que serán probablemente compartidas por el auditorio y aceptadas entonces como legítimo punto de apoyo a partir del cual razonar hacia la conclusión buscada por el orador. En este sentido, la tópica es un proceso de búsqueda de premisas, tanto para razonar con otro como para argumentarse a sí mismo. De ahí que Cicerón la identificaba como *ars inveniendi*, arte de la invención de premisas.
- Insistiendo en las diferencias que hemos visto entre demostración y persuasión, es útil contrastar la naturaleza de los tópicos, instrumentos al servicio de resolver el problema que se tiene delante; con aquella de los axiomas, depositarios de la verdad última (o más bien primera) de un sistema. Algunas diferencias importantes son las siguientes:
  - A diferencia de los axiomas, los tópicos no se imponen al razonamiento. Constituyen más bien un acervo inestructurado de sabiduría compartida –el vasto fondo de *posibilidades*– del cual se puede extraer orientación, pero que no obliga. De hecho, y a diferencia de lo que ocurre con los axiomas, los tópicos pueden hasta contradecirse entre sí en su aplicación a un caso concreto, y no por ello pierden su importancia y utilidad. Así, por ejemplo, si estamos ante una ley especial antigua que difiere de una ley general nueva, el primer tópico jurídico que mencionamos arriba apoya la postura de considerar vigente sólo la primera ley (por ser especial) mientras que el segundo tópico que mencionamos apoya la tesis de considerar vigente la segunda ley (por ser posterior). En cada caso concreto, tal vez apoyado además en otros tópicos pertinentes para la situación, el abogado tomará su opción, pero es evidente que, a pesar de esta contradicción, ambos tópicos –el de ley posterior y el de ley especial– continuarán siendo importantes e útiles para guiar el razonamiento en futuras situaciones. Como se sabe, en cambio, en cualquier sistema axiomático una contradicción entre axiomas lisa y llanamente invalida el sistema.

- Los tópicos no son ni verdaderos ni falsos, sino más bien adecuados o inadecuados para iluminar determinadas situaciones concretas. Que la democracia sea una forma de gobierno deseable puede ser una perspectiva inadecuada en ciertos momentos y lugares donde una ausencia de cultura cívica simplemente no permita sostener ese tipo de institucionalidad. Pero eso no invalida el tópico sino que lo hace inadecuado para sustentar la comprensión y acción en ese particular contexto. El tópico es para el pensamiento lo que el hábito para la acción: ambos recogen la experiencia del pasado y por lo mismo sería necedad prescindir de ellos descuidadamente. Pero a la vez, como el mundo es complejo y trae situaciones imprevistas, sería también necedad actuar encadenado por determinados hábitos o determinados tópicos, sin la flexibilidad que la situación concreta requiere. El hábito dejado de lado ante una situación que así lo requiere o el tópico dejado de lado cuando las circunstancias lo exigen, no es un hábito falso o un tópico falso. Simplemente es un hábito o un tópico que no fue adecuado para el caso, pero de seguro seguirá siéndolo en otros escenarios.
- Tampoco tienen los tópicos una formulación canónica, sino que recogen principios y valores compartidos cuya formulación exacta puede variar de uso en uso. A veces se los verá explicitados como un completo aforismo, otras como el esbozo de una idea, un par de palabras. Pueden incluso usarse de manera implícita para una argumentación, sin necesidad de formulación expresa alguna. Así por ejemplo, yo podría dar cuenta como sigue de una situación: "El padre sólo escuchó la versión de uno de los dos hermanos y sobre esa base castigó al otro, cosa que es injusta". Como es obvio, me estoy apoyando en un tópico implícito cual es que es injusto no escuchar a ambas partes.[45] Nótese que incluso podría apoyarme en

[45] Esto se conoce como un *entimema*, esto es, un silogismo incompleto porque no se explicita la premisa mayor, que en este caso sería alguna formulación adecuada del tópico.

ese tópico sin siquiera formular la conclusión, simplemente relatando que "El padre sólo escuchó la versión de un hermano y sobre esa sola base castigó al otro". Este último sería un ejemplo de un juicio incorporado a una narración, con su tópico fundante incluido.

- Los tópicos no son formales sino materiales. Su valor radica en su contenido. Es así como hay tópicos morales, políticos, económicos, jurídicos generales, tributarios, penales, laborales, constitucionales, etc. Su contenido depende de la cultura reinante en cada lugar y momento, lo que da a los tópicos un carácter dinámico en el sentido que van cambiando con los cambios en la cultura. Diferente es la situación, por ejemplo, de los axiomas de la geometría euclideana, los cuales no han cambiado en los últimos dos mil quinientos años.

Una vez establecidas las premisas por las cuales el auditorio tiene adhesión, la segunda etapa del proceso de persuasión es el traslado de esa adhesión a las conclusiones.

Como habrá comprobado muchas veces el lector en su vida cotidiana, las herramientas para trasladar adhesión no son siempre las mismas que sirven para trasladar valores de verdad en una demostración. Así, por ejemplo, un discurso largo y aburrido suele no trasladar la adhesión del auditorio por la sencilla razón que el auditorio dejó de escucharlo. Poco importa la corrección de mis inferencias lógicas si el auditorio se ha dormido. Es así como las herramientas de traslado de adhesión incluyen, entre tantas otras, las que buscan captar la atención del auditorio, tales como ordenación atractiva de la materia, eliminación de detalles excesivos, renuncia al rigor innecesario, un tono de voz y expresión corporal (o estilo escrito) motivantes, uso de imágenes memorables, etc.

Pero ahora quiero centrar la atención del lector sólo en un aspecto de lo que significa trasladar la adhesión del auditorio.[46] El asunto es a la vez sencillo y crucial. En una demostración, el

[46] El lector podrá encontrar un comentario detallado de una variedad de otras herramientas de traslado de adhesión en el tratado ya citado de Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca.

auditorio va siendo acorralado, paso a paso, no quedándole más alternativa al final del recorrido que aceptar la conclusión que se le ha impuesto. En un proceso de persuasión, en cambio, el auditorio es libre en todo momento para desconocer todo lo que ha venido aceptando en el camino.

Un raciocinio lineal no persuade por sí solo. A todos nos ha tocado alguna vez escuchar de alguien un razonamiento a todas luces impecable que conduce desde premisas que nosotros inicialmente aceptamos hasta la conclusión a la cual él quiere llegar, pero esa conclusión a nosotros nos resulta aberrante o, de algún otro modo, nos parece incompatible con nuestra visión de cómo las cosas son o debieran ser. Y, por lo tanto, sin importar las razones escuchadas, no hemos sido persuadidos. Normalmente, si no logramos ver "dónde estaba la falla" en el argumento que se nos dio, *revisaremos nuestra adhesión a las premisas* que inicialmente habíamos aceptado, matizando o condicionando en adelante nuestra aceptación de ellas. En otras palabras, nuestra defensa ante un argumento lineal cuya conclusión no nos resulta aceptable, es una suerte de *reducción al absurdo* informal: a partir de lo inaceptable de la conclusión, terminamos rechazando las premisas que inicialmente habíamos dado por buenas.[47] Luego, quien nos quiere persuadir necesita asegurarse que tanto las premisas en que se apoya *como también todas las conclusiones intermedias y la misma conclusión final*, armonicen con alguna parte importante de nuestro acervo general de opiniones y valores. Si no hay tal armonía, retiraremos la aceptación que inicialmente habíamos dado a las premisas o conclusiones intermedias que habían servido de apoyo para conducirnos hasta el punto al que habíamos llegado en el razonamiento.

Así, por ejemplo, hoy en día,[48] podría razonar como sigue con un tercero:

[47] Digo "una suerte de *reducción al absurdo* informal" porque, en rigor, la reducción al absurdo es una herramienta de inferencia lógica que sólo tiene cabida en sistemas demostrativos formales y no en razonamientos informales desarrollados en lenguaje corriente.

[48] Estoy escribiendo esto a fines de febrero de 2004.

Yo	El tercero
Los compromisos deben cumplirse.	De acuerdo.
Si se ha acordado una sanción por incumplimiento, y no se ha cumplido el compromiso, entonces debe aplicarse la sanción.	De acuerdo
Pues bien, en el acuerdo de cese el fuego al término de la guerra del Golfo el año 1991, Irak se comprometió a llevar a cabo, en el plazo de un año, el desarme total respecto de todo armamento químico, biológico, nuclear y de misiles de largo alcance; y la sanción acordada para el caso de incumplimiento, fue el término del cese el fuego. Doce años más tarde Irak aún no cumple su compromiso (por ejemplo, recién en febrero de 2003 ordenó destruir algunos misiles de largo alcance). Luego, como has aceptado mis dos puntos anteriores, estarás de acuerdo con que se aplique la sanción acordada, esto es, que se ponga término al cese el fuego e Irak sea nuevamente atacado.	...No estoy de acuerdo. Es cierto como yo decía que hay que respetar los compromisos, pero... no los que resultan de una guerra. Y hay que aplicar sanciones acordadas, pero no si la sanción es un acto de guerra en que morirán inocentes.

Mi argumento en este diálogo imaginario es ingenuo, ya que nadie en sus cabales argumentaría de ese modo a un pacifista. Tiene un sabor a diálogo platónico en el sentido que, paso a paso, busca arrinconar al auditorio mediante la aceptación que éste va otorgando a premisas y conclusiones intermedias, con la esperanza que al auditorio *no le quede otra* que aceptar la conclusión. Pero, como se ve en el ejemplo cuya estructura general todos reconocerán de su experiencia personal, no es efectivo que al auditorio *no le quede otra* que aceptar una conclusión que no armoniza con su visión de cómo las cosas son o deben ser en el mundo. En efecto, siempre le queda la posibilidad de retirar la aceptación que había dado anteriormente a premisas o conclusiones intermedias, matizándolas, haciendo distinciones que no había hecho (en nuestro ejemplo, el auditorio dice

ahora que *es distinto* si el compromiso es forzado por una guerra o si su cumplimiento ha de ser una guerra), o simplemente reconociendo que no había visualizado los alcances de la premisa pero, ahora, ya no le parece aceptable.

Esto es pan de todos los días en el razonamiento legal. Leemos la ley, tomamos conocimiento de los hechos, y aplicamos mentalmente la ley a esos hechos... descubriendo que su aplicación en el caso particular arroja consecuencias que estimamos inaceptables. ¿Significa que *no nos queda otra* que aceptar la inaceptable conclusión? Como todo abogado sabe, no es el caso que no nos quede otra. Nos queda siempre la posibilidad de retirar nuestro apoyo inicial a las premisas o conclusiones intermedias. Eso se traduce en quitar nuestro apoyo a lo que fue nuestro entendimiento inicial del texto legal o a lo que fue nuestro entendimiento inicial de los hechos, e introducir matices y distinciones para partir de premisas o conclusiones intermedias diferentes respecto de lo que el derecho dice o de lo que los hechos son.[49]

Tomando un tradicional ejemplo de la literatura, supongamos que la ley reza: "Se aplicará una multa de $ 100 a cualquiera que duerma en una estación de trenes". Después, un turista que esperaba sentado el tren de las tres de la mañana es pillado infragante en un momento en que se le cierran los ojos, cabecea y se queda dormido apoyado en el respaldo de su banca. ¿Le aplicamos la multa? Si nos atenemos a la aceptación de la primera lectura de las premisas, esto es, de lo que dice la ley y de lo que fueron los hechos, habría que aplicarla. Pero podemos retirar nuestra aceptación de esas premisas si la conclusión de castigar al turista nos parece aberrante. Por ejemplo, podríamos decir que la referencia del texto a "dormir" se aplica a vagabundos que pernocten en la estación, pero no a alguien que dormite de cansancio mientras da a la estación precisamente el uso para el cual fue concebida, cual es esperar y tomar trenes. O podríamos decir que la persona no durmió, porque para los efectos de la

[49] En lenguaje de los capítulos anteriores, esto no es sino producir una narración diferente de los hechos o dar un uso diferente al derecho, a fin de encontrarle al problema concreto que se tiene delante una solución que nos parezca razonable o deseable.

regla "dormir" no es perder conciencia un instante sino acostarse desenfadadamente sobre las bancas de la estación. Sea cual fuere la distinción que escojamos hacer, estamos utilizando la misma estrategia de salida que usó el pacifista ante las razones del belicista en el ejemplo anterior. Estamos quitando el asentimiento inicial a ciertas premisas o conclusiones intermedias, para evitar aceptar una conclusión que choca con nuestra visión de cómo el mundo es o debiera ser.

De más está decir que es totalmente diferente lo que ocurre cuando se razona dentro de un sistema como, por ejemplo, la matemática. En ese caso no existen los grados de libertad que permitirían introducir matices o distinciones en las premisas o conclusiones intermedias, porque el exacto significado y la validez de cualquier premisa o conclusión están predeterminados y de manera definitiva por las reglas de un juego que ha de respetarse cualesquiera sean las conclusiones a que nos conduzca. Si he aceptado esas reglas, incluyendo que un número primo es cualquier número divisible solamente por 1 y por sí mismo, entonces cuando me obligan a concluir que 29 es primo no puedo replicar, desde mi desagrado con la conclusión, que, repensando el tema, son primos los números mayores que 100, de modo que el 29 no es primo. Más bien, en este caso, realmente *no me queda otra* que aceptar que 29 es primo.

Lo dicho apunta a una diferencia fundamental entre demostrar y persuadir. La demostración es un espolón que fuerza las puertas hasta que se abren. Con cada golpe inferencial, las puertas van quedando irremediablemente más débiles, hasta que terminan por ceder. La persuasión, en cambio, sólo puede aspirar a que las puertas nos sean abiertas voluntariamente desde adentro. En cualquier momento, incluso a último minuto, nos pueden retirar la buena disposición y permanecerán cerradas. La demostración cobra su fuerza del ámbito artificialmente acotado de los sistemas de inferencia, que no dejan espacios de libertad para que el auditorio escape reconsiderando lo que antes había aceptado. La persuasión, en cambio, actúa en el terreno movedizo de los cambios de postura que siempre son posibles por causa de las múltiples facetas de cualquier problema concreto respecto del cual debe decidirse qué hacer. Como

dice Viehweg, "el pensamiento de un problema siempre escapa a cualquier atadura".[50]

Por lo ilustrativo que resulta, he insistido mucho en el paralelo entre demostración y persuasión. Pero lo dicho no quita que la demostración sea *uno* de los tantos instrumentos útiles para persuadir. Eso es así porque, dentro de su visión general de cómo las cosas son y deben ser, cualquier auditorio suele incluir algún reconocimiento de valor a las inferencias formalmente válidas. Es así como la argumentación persuasiva suele incluir una que otra demostración, normalmente breve.

Pero, repito, la demostración es sólo *uno* de los diversos instrumentos útiles para persuadir. Por lo mismo, no es ni necesario ni usual que un argumento persuasivo incluya como eje una cadena inferencial completa desde premisas aceptadas hasta la conclusión. Prueba de ello es nuestra experiencia cotidiana. Si mi cónyuge me ha persuadido acerca de dónde ir de vacaciones, sería bastante inusual que lo haya logrado con una larga y sesuda cadena de silogismos partiendo de *cogito, ergo sum* hasta llegar a *Termas del Flaco, quod erat demostrandum.* Probablemente, más bien, me ha dicho algunas cosas sobre la edad de la abuela para un viaje largo, y ha dicho otras cosas sobre los precios altos de lugares alternativos de veraneo, y tal vez otras sobre el asma del niño, sobre lo bonito del paisaje de las fotos de propaganda y sobre que el año anterior ya se hizo lo que yo había querido. Hay, por cierto, algunos silogismos implícitos (entimemas) tales como "Tú prefieres gastar poco dinero en vacaciones; mi alternativa cuesta menos que la tuya; por lo tanto tú prefieres mi alternativa", pero ninguno de ellos constituye una cadena inferencial ni larga ni concluyente (ni siquiera explícita), sino que el esfuerzo de persuasión se apoya más bien en la amplitud de referencias a ese fondo de perspectivas u opiniones compartidos acerca de la abuela, el niño, los precios, el paisaje, la relación conyugal; con todo lo cual armoniza bien la alternativa que ella propone.

En síntesis, rara vez es persuasiva por sí sola una cadena lineal de razones que, una a una, conducen desde las premisas

[50] Theodor Viehweg, *Topics and the Law,* capítulo 3.

hasta la conclusión. En cambio sí suele ser persuasivo destacarle al auditorio la coherencia que la conclusión guarda con alguna parte importante de su amplia red de opiniones y percepciones, más o menos conexas y más o menos compatibles entre sí, acerca de cómo las cosas son y cómo debieran ser. En su argumentación, nuestro cónyuge del ejemplo intuye que los medios de persuasión no pasan por formular una perfecta derivación lógica sino que pasan por destacar cómo su opción por un determinado lugar de vacaciones se incorpora a la red de mis percepciones y valores, que incluyen preocuparme de la abuela, no gastar mucha plata, cuidar del hijo, ir alternando equitativamente en el tiempo con mi cónyuge las posibilidades de tomar decisiones, gozar de bellos paisajes, etc. Termino abriendo yo mismo las puertas de mi aceptación sin que hayan sido forzadas por un ariete demostrativo.

Es así también como en el caso de Guillermina Toledo la corte hace la siguiente descripción de hechos en el considerando segundo: "Humberto Mora Torres[...] abandona a su mujer para casarse con la reo Guillermina Toledo Manríquez, de 15 años, con quien celebra bodas el 5 de enero de 1961, encontrándose vigente el vínculo anterior. De ésta se separa meses antes de los hechos, después de haber nacido una hija". Como ya hemos visto, el hecho que Humberto Mora haya *abandonado* a su primera mujer, que Guillermina Toledo haya tenido *15 años cuando se casó*, que después Mora se haya *separado* de ella, y que ella haya quedado con una hija de aquél, no tiene relación alguna con el hecho punible contemplado en el artículo 390 del Código Penal cual es que un cónyuge mate a otro. No importa que un cónyuge deje la casa; si es matado por el otro, igual hay parricidio. No importa la edad que un cónyuge haya tenido al casarse; si después mata al otro, igual hay parricidio. No importa que un matrimonio tenga o no tenga hijos; si uno mata al otro, igual hay parricidio. Pero aunque nada tengan que ver estos hechos con aquellos que constituyen la hipótesis contemplada por la ley para castigar o no castigar, tienen valor argumentativo por cuanto predisponen al auditorio a favor de una respuesta ante la pregunta sobre *qué hacer*, y lo predisponen mediante el uso implícito de un tópico que podría formularse como "la inocencia merece protección". La descripción

busca, precisamente, contrastar la "mala vida" de Mora con la inocencia abusada de Toledo. Además, la referencia a estos hechos ajenos a las reglas aplicables ilustra cómo un tribunal no está disponible para un juego de reglas cuando lo que está en juego importa más que el juego, en este caso la vida de Guillermina Toledo.

Algo similar vemos en el considerando 14 del fallo del Tribunal Constitucional acerca de la existencia de tribunal calificador de elecciones para el plebiscito de 1989. Dice que la conclusión a la que ha llegado "la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental". Al igual que en el caso anterior, nada tiene que ver con las disposiciones constitucionales pertinentes (básicamente el artículo 11 transitorio) el hecho que se trate de un acto político muy importante o poco importante, o que se trate de un acto de aquellos en que se ejerce o de aquellos en que no se ejerce la soberanía popular. Cualquiera sea la importancia y naturaleza del acto regulado por la Constitución, debiera procederse conforme lo regula la Constitución. Sin embargo, es evidente la importancia de la inclusión de consideraciones como ésta en la argumentación. Nuevamente, hay referencia implícita a un tópico que podría formularse como "los actos políticos importantes en que se ejerce la soberanía popular debieran ser fiscalizados por un tribunal independiente que resuelva reclamaciones y proclame los resultados". Nuevamente, también, la referencia a consideraciones ajenas a las reglas aplicables muestra cómo el Tribunal Constitucional no se sujeta a un juego de reglas si lo que está en juego es la legitimidad de la futura institucionalidad de Chile.

Vemos entonces que, trátese de la cónyuge defendiendo ir de vacaciones a determinado lugar, o de la corte buscando evitar la pena de muerte para una niña o del Tribunal Constitucional preocupado por la legitimidad del nuevo orden institucional de Chile; todos ellos argumentan, como diría Aristóteles, ejerciendo la habilidad de ver, en cada caso, los medios disponibles de persuasión adecuados para ese caso; sin sujeción

a un juego preestablecido de reglas inferenciales; echando mano de tópicos que faciliten al auditorio abrir las puertas de su aceptación a la propuesta que se le formula respecto de qué hacer.

TEMAS PARA DISCUSION

1. Examine en detalle el razonamiento de los tribunales en el fallo de primera instancia en el caso Shirizawa y en el fallo del Tribunal Constitucional que se encuentran en el anexo. Identifique i) las cadenas inferenciales lógicas y ii) los recursos retóricos que se emplean en los considerandos de cada sentencia. Responda las siguientes preguntas:
   a. ¿Los recursos retóricos debilitan o fortalecen la argumentación? Por así decir, ¿son *fallas estructurales* o *fortalezas estructurales* de la argumentación?
   b. ¿Distingue usos de tópicos en los cuales se apoya el discurso? Identifíquelos.
   c. ¿Hay un único razonamiento lineal que lleva de manera irrebatible desde las premisas (hechos narrados, ley, tópicos) hasta la conclusión, o bien hay una aproximación al problema desde diversos ángulos y con múltiples medios (poéticos, hermenéuticos y retóricos) que va construyendo una visión global sobre el tema?
   d. ¿Cuál cree usted que es el auditorio en cada caso?

2. Tratándose de lograr la aceptación de otros para determinada respuesta a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema concreto, ¿Es buena retórica un discurso florido y adornado? ¿Es retórico un discurso de estilo austero, aséptico, de vocabulario técnico?

3. Tratándose de lograr la aceptación de otros para determinada respuesta a la pregunta sobre *qué hacer* ante un problema concreto, ¿es *posible* apoyar una argumentación exclusivamente en lógica, prescindiendo de la poética, la hermenéutica y la retórica?

JUSTICIA

Aunque el logos *es compartido, los más viven como si su entendimiento fuera privado.*
Heráclito

1. UNA DIFERENCIA QUE HAGA UNA DIFERENCIA

Los tres capítulos anteriores muestran que los hechos no están dados, puesto que el narrador los construye con un sesgo inevitable; el derecho no está dado, puesto que el intérprete puede cambiar su *uso* para el caso que tiene delante; y las conclusiones de una argumentación a partir de los hechos y el derecho no están dadas, puesto que el argumentador no busca mantenerse sobre el carril predeterminado de una racionalidad demostrativa sino que busca efectividad ante el auditorio concreto pertinente.

Lo anterior, curiosamente, suele sorprender más al abogado que al lego. El primero suele rasgar vestiduras defendiendo que él aplica objetivamente la ley a hechos igualmente objetivos. El último, en cambio, considera que lo dicho en el párrafo anterior es obvio, pero tiende a mirarlo a través de un prisma negativo, aceptando y contribuyendo a la imagen de un sistema jurídico que no produce la solución correcta para el caso, sino que, más bien, produce la respuesta que el abogado más habilidoso logra imponer mediante narraciones sesgadas, usos caprichosos de la ley y manipulación retórica de su auditorio. Vienen a la mente casos bullados como el de O. J. Simpson,[51] películas como *Mentiroso, Mentiroso*, los chistes de abogados, la crítica de Platón a Gorgias como representante de quienes tenían por

[51] Un juicio reciente en EE.UU. y muy publicitado, acerca de un destacado ex atleta acusado de asesinar a su mujer y declarado inocente.

profesión "el arte de la persuasión en las cortes de justicia y otras asambleas, acerca de lo justo y de lo injusto".[52] Lo claro es que, durante dos mil quinientos años, los abogados no hemos contado con la mejor prensa.[53]

El tema interesa porque importa distinguir entre la excelencia y el mero éxito. La excelencia normalmente produce éxito, de lo contrario no sería excelencia. Pero el éxito puede producirse sin excelencia. Se puede ganar una carrera haciendo trampa. Y también una argumentación. En este capítulo y en el siguiente exploraré, respectivamente, la naturaleza y las condiciones de la excelencia en la argumentación.

Como bien lo intuye el lego que observa, el tema requiere distinguir entre una solución buena y una mala para el caso concreto, donde "buena" y "mala" significan, respectivamente, algo así como "aquello a lo que aspiramos" y "aquello que quisiéramos evitar". Puede ser exitosa, pero no excelente, la argumentación que conduzca a una mala solución. De la argumentación excelente, en cambio, se esperaría conduzca a una buena solución. Pero, ¿qué es una buena solución?, ¿qué es una mala solución? Centraremos nuestra atención en lo que suele ser el componente más importante y complejo que hace que conside-

[52] Platón, *Gorgias,* 454.

[53] En el *Anuario 2002* de la revista "Capital" aparecen los resultados de una encuesta hecha en el Gran Santiago urbano acerca de la confianza que merecen diversas profesiones o actividades. El orden y porcentaje de confianza fue el siguiente:

Profesión o Actividad	*Porcentaje de personas que les otorga confianza*
Profesores	75%
Ingenieros	58%
Médicos	52%
Sicólogos	40%
Publicistas	31%
Sacerdotes	27%
Periodistas	27%
Abogados	20%

remos buena o mala una solución, a saber, su *justicia.* Como verá después el lector, una extensión trivial del análisis permite incorporar al planteamiento otros elementos que también solemos entender ser parte de lo bueno o malo de una solución, como su factibilidad práctica y su oportunidad.

Comencemos, entonces, buscando un criterio que nos permita distinguir una solución justa de una que no lo es.

Pero cuidémonos en el camino de conformarnos con espejismos intelectuales, esto es, con la mera apariencia de criterios de distinción entre lo justo y lo injusto, coherentes y biensonantes tal vez pero que, ante el caso que exige solución, no permiten distinguir aquí y ahora entre un camino de acción y otro. No olvidemos que en este ensayo estamos explorando el terreno y las armas de una profesión que se juega en la vida activa. Recordemos que lo que se espera del abogado –sea juez, litigante o asesor– es que *actúe* sobre el problema que tiene delante. Sólo sirve a esa misión del abogado el conocimiento que lo ayude con esa acción; sólo sirven las diferencias entre lo justo y lo injusto que lo ayuden ante cada caso con esa acción.

Dicho de otro modo, lo que estamos buscando es una diferencia entre lo justo y lo injusto *que haga una diferencia,* vale decir que haga una diferencia *en nuestras prácticas.* Una diferencia que, ante cada caso concreto al cual queramos dar una solución justa, nos lleve a argumentar de cierta manera y no de otra. Una diferencia que, ante cada caso concreto al que otro haya dado una solución, nos permita sostener que esa decisión ha sido justa o que ha sido injusta.

Como veremos, esa diferencia que hace una diferencia entre lo justo y lo injusto la encontraremos, no allá afuera como característica objetiva de las soluciones, sino *entre nosotros* como cualidad intersubjetiva de nuestras deliberaciones; cualidad intersubjetiva tanto de las deliberaciones que ocurren en el espacio público como, también, de aquellas que se dan en nuestro fuero interno que no es sino un *foro* interno porque el que juzga –ya llegaremos a esto– lo hace en cuanto miembro de una comunidad.

Supongamos que la situación económica de una empresa de servicios en la cual trabajamos requiere de algunas reducciones de personal y el jefe ha resuelto despedir a nuestro compañero YY, elección que consideramos injusta. Supongamos también,

como sería de esperar, que el jefe considera que su decisión es justa. Como el asunto nos parece de la mayor importancia y urgencia, ya que se juega el sustento de una familia, nos acercamos al jefe cual abogados de nuestro compañero con el propósito de colocar sobre la mesa *todo lo que haya para colocar sobre la mesa* a fin de que él vea la injusticia de su decisión y la cambie. Para el jefe el asunto también es de la mayor trascendencia, no sólo por afectar a una familia sino, además, porque del acierto de decisiones como esta depende que la empresa sea la comunidad que queremos que sea. Podemos visualizarnos defendiendo a nuestro compañero con un discurso como el siguiente:

i) Los clientes que YY atiende nunca se han quejado de su servicio. Sus compañeros de trabajo siempre le han reconocido su ánimo positivo y buena disposición para ayudar.
ii) El Manual de Personal dice que "Esta firma retiene, desarrolla y ofrece una carrera a los empleados que hacen bien su trabajo".
iii) No podemos, entonces, despedir a un profesional que hace las cosas bien, con sus clientes y con sus compañeros.
iv) Además, a modo de comparación, nuestra compañera XX sí ha tenido quejas de clientes y es conocida por sus arranques de mal humor, y no está siendo despedida.

El jefe podría respondernos algo como lo que sigue:

i) Es cierto que no ha habido quejas de clientes respecto de YY, pero tampoco felicitaciones. Su desempeño es gris. No es una persona que destaque ante el mercado haciéndonos manifiestamente mejores que los competidores. Tiene buen carácter, pero no es un formador efectivo de profesionales jóvenes.
ii) "Hacer bien el trabajo", como dice el Manual, no es cumplir funcionariamente con los mínimos requeridos, sino contribuir realmente al éxito de esta firma, destacando muy por sobre los competidores ante clientes y formando de manera efectiva nuevos profesionales de alta calidad.
iii) Y, si bien hemos tenido quejas de algunos clientes sobre XX, se trata de descuidos de ella que son corregibles e ire-

mos corrigiendo. Y recuerden que, a la vez, hemos tenido con frecuencia felicitaciones especiales de importantes clientes por la rapidez y eficacia de sus servicios. Además, si bien tiene un carácter difícil, ustedes saben bien que sus subalternos aprecian enormemente lo que aprenden trabajando con ella.

Normalmente un diálogo como éste continuaría durante un rato en que, tanto nosotros como el jefe, iríamos agregando razones según sea lo que el otro vaya planteando. Así, por ejemplo, nosotros podríamos replicarle al jefe lo siguiente:

iv) Tal vez YY no nos diferencie en el mercado, pero hace su trabajo y, al fin y al cabo, diferentes personas aportan valor de diferente manera. Además, nadie le dijo a YY al momento de contratarlo que la permanencia en el trabajo requería ser descollante con clientes ni que era requisito ser un gran docente, sin perjuicio que nadie discutiría que carencias en esos frentes puedan afectar su remuneración relativa.

Y, a su vez, el jefe podría replicar:

v) Cualquiera entiende, sin necesidad de advertencia, que en una firma del alto prestigio y primera posición de ésta, todo empleado debe ser de primera y no basta avanzar a velocidad de crucero haciendo la pega. En todo caso, a todos –incluyendo a YY– hemos dado las mismas oportunidades de entrenamiento para desarrollar no sólo conocimientos técnicos sino también habilidades de servicio a clientes y de formación de personal. Además, para seguir siendo los mejores en el mercado, no es solución conservar a malos profesionales con el pretexto de pagarles poco.

Dejemos hasta ahí la discusión con el jefe. Quiero destacar algunos aspectos de este diálogo en que cada cual hizo *todo lo que podía hacer* para sostener la justicia de su posición:

- Nosotros destacamos el hecho que no ha habido quejas de clientes ni de compañeros de trabajo respecto de YY. El jefe destacó el hecho que YY no sobresale en el mercado ni es un buen entrenador de las nuevas generaciones. En definitiva, cada cual hizo una narración sesgada de los hechos.

- Nosotros nos apoyamos en una norma del Manual de Personal y defendimos que sea usada para que YY no sea despedido. El jefe se apoyó en la misma norma, planteando un uso diferente de ella que hace razonable que YY sea despedido. En definitiva, cada cual hizo un ejercicio de hermenéutica acorde con su posición, esto es, una invitación a usar la norma de manera de dar al problema la solución que defiende.
- Nosotros echamos mano de un tópico cual es que, encontrándose XX en igual o peor situación que YY, no es correcto aplicarle a YY una sanción que no se aplique también o prioritariamente a XX. El jefe aceptó el tópico (no podría sino ser así) pero replicó que XX no se encuentra en la misma situación que YY sino en una situación mejor. Usando nuevamente el mismo tópico de no-discriminación, agregó después que, en todo caso, se dieron a YY las mismas oportunidades que a XX y a todos los demás para entrenarse en lo que ahora se echa de menos en el desempeño de YY. En definitiva, cada parte en la discusión hizo un esfuerzo retórico por encontrar en tópicos compartidos premisas que el otro probablemente aceptaría.
- Como reacción ante la respuesta del jefe, nosotros esgrimimos nuevas razones *que posiblemente esa mañana ni habíamos pensado.* Por ejemplo, a) que diferentes personas, con diferentes talentos, tienen una contribución diferente que hacer al éxito de la empresa, b) que no es justo sancionar a alguien por algo que antes no se le había advertido, y c) que deficiencias como las de YY no ameritan despido sino menor remuneración. *Como respuesta a esto,* el jefe también agregó nuevas razones que probablemente tampoco había pensado todavía en la mañana, como ser: a) que no requiere advertencia lo que es obvio, b) que hubo igualdad de oportunidades en el entrenamiento, y c) que el daño que producen deficiencias como las de YY no se pueden resolver con menor remuneración sino con despido. Esta es una experiencia que todos hemos vivido en el trabajo, familia, sobremesa con amigos, donde se discute la justicia de una situación o acción y, a medida que otros

nos hacen ver aspectos del tema que ellos estiman importantes, nosotros vamos sobre la marcha pensando en principios que se hagan cargo de ese nuevo ángulo. Como es obvio, por ejemplo, si el jefe simplemente ignorara y no respondiera a nuestra crítica de que no hubo advertencia, pocas posibilidades habría de que nosotros aceptemos su decisión como justa. Cuando él, en cambio, se hace cargo del asunto con un principio –"Lo obvio no necesita advertencia"–, es más factible que ese no sea un escollo insalvable para nosotros poder seguir analizando los méritos de todo su planteamiento. En definitiva, a lo que apunta esta experiencia por todos vivida, es i) que las particularidades del caso concreto (por ejemplo, que no hubo advertencia) gatillan en el juzgador la búsqueda de principios que se hagan cargo de esas particularidades y ii) que dichas particularidades del caso concreto son aquellas que construye y define la comunidad en la cual actúa el juzgador. Si se hubiera tratado de la comunidad de una empresa en un país que ha tenido serios problemas de discriminación racial, tal vez una particularidad del caso habría sido el hecho que YY es negro, circunstancia fáctica que *no es* una particularidad del caso en Santiago de hoy.

Supongamos ahora que nosotros estamos convencidos de la justicia de nuestro planteamiento. Para facilitar las cosas, supongamos que el jefe reconoció ser justo el planteamiento nuestro, lo conversó en sesión del Comité Ejecutivo de la empresa cuyos miembros también encontraron justo nuestro planteamiento y se optó por despedir a XX en lugar de YY, lo cual fue comunicado a todo el personal quienes también encontraron dolorosa pero justa la decisión. (Podríamos hacer el mismo ejercicio mental haciendo prevalecer la posición del jefe, esto es, que él nos hubiera convencido a todos.) Pregúntese ahora el lector qué *significa* que la decisión sea justa. Dicho de otro modo, qué diría uno a un tercero no involucrado para explicarle la justicia de la decisión. Pues verá que es justa, por ejemplo, porque YY había hecho bien su trabajo, no tenía quejas de clientes ni compañeros, no había sido advertido de tener que cumplir con otros requisitos... en definitiva, verá que su justicia *significa*

(es signo de) una determinada narración de los hechos (inevitablemente sesgada), un determinado uso del Manual de Personal (inevitablemente intencionado para servir a la conclusión) y un discurso que echa mano de tópicos y otras herramientas retóricas, para sustentar el planteamiento. Tanto así es que su justicia no significa otra cosa que, al ir donde el jefe esgrimiendo la solución justa que salvaría a nuestro compañero, *no tuvimos nada que presentarle al jefe que no fuera nuestro particular ejercicio de poética, hermenéutica y retórica para el caso.* Asimismo, al defender el jefe ante nosotros lo que él consideraba la justicia de su decisión de despedir al compañero, él tampoco tuvo otra cosa que ofrecernos que *su* particular ejercicio de poética, hermenéutica y retórica para el caso. Ninguno pudo dejar callado al otro agregándole "y, además, he aquí *esto, que no es simplemente más poética, más hermenéutica o más retórica,* sino que es *otra cosa* y que hace la diferencia entre una solución justa y una injusta". Ninguno pudo echar mano de otra cosa porque *no había* otra cosa que hiciera una diferencia para hacer justicia o evaluar la justicia de la decisión, que no fuera más poética, más hermenéutica y más retórica.[54]

Pues bien, si no existe esa *otra cosa* de la cual echar mano para hacer una diferencia cuando ante un caso concreto queremos hacer valer lo justo o denunciar lo injusto; y si estamos de acuerdo en que lo que no hace una diferencia en nuestras prácticas, simplemente *no hace una diferencia*; entonces no hay más diferencia entre lo justo y lo injusto que la que encontremos en la poética, hermenéutica y retórica que dan sentido a la solución del caso concreto. Luego, es *en el discurso* poético, hermenéutico y retórico donde necesitamos buscar esa diferencia entre lo que es una solución justa y una injusta. Si, por la unidad con que en la práctica

[54] Por cierto que lo dicho no depende de las particularidades del ejemplo. Invito al lector a recordar o imaginar cualquier situación en que él haya considerado que una acción o solución *es* justa o injusta, por ejemplo, el cobro de penales en un determinado partido de fútbol, el ataque norteamericano a Irak, alguna situación laboral o familiar. Constatará que también en esas situaciones *lo único que él puede mostrar* como *la* justicia o *la* injusticia de la solución que enjuicia no es sino un discurso consistente en una narración sesgada de los hechos, un uso intencionado de las normas pertinentes y una estructuración retórica del planteamiento total.

operan estos tres instrumentos discursivos, los englobamos por un instante bajo el nombre común de *retórica*, entonces podemos decir que lo que estamos tratando de precisar como criterio de diferenciación de lo justo y de manera que afecte a nuestras prácticas, es lo que podríamos llamar la *retórica de la justicia*.

Alguien podría decir que es bastante obvio que la idea de justicia, así como cualquier otra idea, no puede sino expresarse en el lenguaje. Estoy de acuerdo. Pero, dando un paso más para disociar "lo sustancial", por una parte, de lo que es su mera expresión, por la otra, ese alguien podría decir que *una cosa* es la justicia de una acción o decisión, y *otra* la expresión castellana que tan sólo da cuenta de ella. Luego, continuaría él, ante una situación concreta, una determinada solución *sería* justa, aun cuando nadie en el mundo haya formulado o siquiera pensado en formular la narración de hechos, el uso de tradición y los tópicos que la pudieran sustentar. Tal vez, respondería yo (soy malo para las discusiones teológicas), pero lo que sí es claro es que, "sea" o "no sea" así, ello en nada afecta nuestras opciones de acción cuando nos encontramos ante un caso concreto en el cual queremos que se haga justicia. En tal situación, de lo único de que podemos echar mano para asegurarnos –y tratar de asegurar a otros– de que tal solución es justa y la otra es injusta, es de determinada narración de los hechos, determinado uso de la tradición y determinado apoyo en tópicos. Luego si, conforme a nuestra misión de vida activa, buscamos conocimiento que nos permita actuar ante cada problema, necesitamos buscar la diferencia entre lo justo y lo injusto en el terreno de nuestra acción, esto es, como diferencia entre uno y otro tipo de discurso.

2. LO UNIVERSAL Y LO PARTICULAR

Si el jefe me invita a almorzar sushi y le digo que no me gusta la comida japonesa, sería desconcertante que él me preguntara *por qué*. Sería desconcertante porque cualquiera entiende que mi desagrado ante esa comida no pretende tener validez universal o apoyo en principio alguno. No por eso mi expresión de desagrado deja de ser importante, ya que apunta a un proble-

ma inmediato que necesita solución antes de que salgamos a almorzar. Pero se agota en su singularidad: es mi capricho respecto del sushi, no un juicio acerca del mismo.

En cambio si mi jefe ha despedido a un compañero de oficina y le digo que me parece injusta su decisión, sería del todo natural que él me pregunte *por qué*. Sería natural porque cualquiera entiende que esta expresión mía sí tiene la pretensión de apoyarse en razones y no reducirse a un capricho respecto del caso particular.

El acto de juzgar, a diferencia de una mera expresión de agrado o desagrado ante el caso particular, es aplicación al caso particular de una regla que se pretende universal.

Pero, como ya lo hemos visto en los casos y ejemplos referidos a lo largo de este ensayo, hay a menudo una fuerte tensión entre, por una parte, la regla universal sin la cual habría capricho y no justicia y, por la otra, las particularidades del caso concreto sin cuya consideración habría mecánica ciega pero tampoco justicia. Para la corte que conoció del asesinato de Humberto Mora, no había justicia si caprichosamente liberaba a Guillermina Toledo de su responsabilidad como parricida; pero tampoco había justicia si se hacían valer sin más las normas generales aplicables a los parricidas, aplicándose éstas a Guillermina como lo había hecho el tribunal de primera instancia. El gran desafío del acto de juzgar es conciliar la universalidad del principio sobre cuya base se juzga, con la particularidad del caso que, al fin y al cabo, es lo que está siendo juzgado. Detengámonos un instante en cada uno de estos dos polos que tensan el acto de juzgar, esto es, lo universal y lo particular.

"A cada uno lo suyo" ha sido desde Roma el tópico central de la retórica de la justicia. A cada uno lo suyo, pero no caprichosamente sino *conforme a una ley*, sea divina, natural o humana. Esta ley da a la justicia su cara universal al contemplar igual trato para todos quienes se encuentren en igual situación.[55] La ley fija los criterios para clasificar el caso concreto y asignarle determinadas consecuencias, encontrándose vendados los ojos

[55] Chaïm Perelman, *Ethique et Droit*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990. Aquí, en un ensayo referido a la justicia, Perelman hace un largo e interesante desarrollo de su idea de *regla de justicia* en la que se apoya este párrafo.

de la justicia para cualquier consideración ajena a dichos criterios. Por ejemplo, *a cada cual lo mismo que a los demás* porque somos todos hombres, lo que en la cultura popular del medioevo se veía como la justicia de la muerte, en cuya danza –la *Danse Macabre* ilustrada por tantos artistas– iba llevándose a hombres y mujeres cualquiera fuese su edad o condición. O *a cada cual según sus méritos*, como en las competencias deportivas o en ciertos lugares de trabajo; o *a cada cual según sus necesidades*, como ocurre en materias de seguridad social; o *a cada cual según su rango y condición*, como en las fuerzas armadas, en el gobierno o en un club privado.

Pero, como ya sabemos, no es fácil ni mucho menos mecánica la aplicación al mundo de esta regla. Hemos visto que, desde luego, su aplicación al caso concreto no resulta de una mera subsunción del caso dentro de la regla. El problema surge porque a menudo no es fácil en el mundo real determinar en qué categoría de alguna clasificación conceptual dada de antemano queda comprendido un caso concreto. Y, como hemos visto, la dificultad no es siempre cognoscitiva sino frecuentemente moral: nos repugnan las consecuencias de la clasificación. Nos repugnan las consecuencias de que el caso particular de Guillermina Toledo sea de aquellos que caen en la clasificación del artículo 390 del Código Penal referido a "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate [...] a su cónyuge[...]". Rechazamos igualmente que el caso particular de la nieta sea de aquellos que caen en la clasificación de "mentir". Y eso gatilla entonces un complejo esfuerzo, respectivamente de la corte y del tribunal que juzga al abuelo, tanto para redescribir los hechos a ser clasificados como para reformular la clasificación misma o, como decíamos antes, para proponer un *uso* diferente de ella.

En síntesis, por una parte se ha de dar a cada uno lo suyo conforme a la universalidad de una ley, quedando vendados los ojos de la justicia para particularidades del caso otras que las referidas en dicha ley; pero, por otra parte, esas particularidades *no contempladas en la ley* se dan vuelta contra ésta, quitando a la justicia la venda *para obligarla a ver* las consecuencias de la regla y adaptar su uso a las exigencias singulares del caso.

Nuestra pregunta ahora es cómo opera esta rebelión de lo particular contra lo universal; cómo opera la dinámica entre

ambos polos en el acto de juzgar un caso concreto. Como siempre, comencemos por mirar. Veremos que, en lo sustancial, el que juzga *extrae del caso particular lo universal con que después el mismo particular es juzgado.* En una sección posterior afinaremos esta idea en busca de cómo ha de ser este proceso para que arroje una decisión que estemos dispuestos a llamar *justa.*

No es nueva para nosotros esta dinámica por la cual, en cada caso concreto, lo particular de éste motiva el principio general con el cual el propio particular es después juzgado. Recordemos, por ejemplo, los siguientes casos. Para facilidad de expresión, diremos "regla universal" para significar "regla que el que juzga pretende universal".

- Cuando defendíamos a nuestro compañero de trabajo YY buscando aplicar al caso particular la regla universal de que "ha de retenerse a quien hace bien su trabajo", el caso particular –hablándonos en esta ocasión a través de nuestro auditorio que era el jefe– nos hizo ver qué sucedía que YY no destacaba en el mercado para hacer a la empresa manifiestamente mejor que los competidores. *A partir de ese rasgo del caso particular,* produjimos una nueva regla universal con la cual juzgar a nuestro compañero: "Diferentes personas aportan valor de diferente manera" con su corolario implícito de que YY hace bien su trabajo de una manera diferente a la exhibición de brillo de XX.
- El tribunal de familia que juzga al abuelo conocía y valoraba la regla universal "no mentir", pero motivado por la particularidad del caso –una nieta preguntando si está bonita–, produjo una nueva regla universal del tipo "si una niñita pide una caricia, corresponde darle esa caricia y no golpearla con información que no es lo que en el fondo busca", regla con la cual juzgó el propio caso particular.
- El hombre de derecha que juzgaba el golpe de Estado de 1973, centró su atención en algunas particularidades del gobierno de Allende, como ser su falta de postura clara ante las amenazas de violencia reinantes, y sobre esa base produjo una regla general del tipo "es responsabilidad básica de un gobierno dar señales claras de no permitir violencia de un sector de la sociedad contra el otro".

Enseguida, con esa regla nacida de las particularidades del caso juzgó el caso, esto es, ese gobierno y el golpe que lo derrocó.

- El hombre de izquierda que juzgaba el golpe de Estado de 1973, centró su atención en otras particularidades del gobierno de Allende, como ser sus políticas redistributivas y algunas reacciones de empresas e individuos, y sobre esa base produjo una regla del tipo "buscar una distribución equitativa de oportunidades tiene prioridad sobre la defensa de privilegios individuales y empresariales". Con esa regla universal nacida de las particularidades del caso juzgó el caso.
- La corte, en el caso del asesinato de Humberto Mora, conocía de antemano la regla universal constituida por el tipo penal de parricidio, pero fue sorprendida por las particularidades del caso, las que motivaron su aplicación de una regla universal del tipo "la inocencia abusada merece protección" (implícita en las narraciones de hechos) y otras reglas universales ligadas al tipo penal mismo, como ser que "*conocer la relación conyugal que liga al victimario con la víctima*"–como lo establece el tipo penal de parricidio–, no significa simplemente que el victimario sepa que está casado con la víctima, sino que ahora significará que "tenga conciencia de la contradicción entre su conducta y el valor que el derecho protege en la relación conyugal".

Como vemos, lo que *no* ocurre en la dinámica de lo universal y lo particular es que quien emita un juicio ande trayendo a cuestas por la vida un sistema acabado de reglas y razones que simplemente *aplique* a los casos concretos que va enfrentando. No es que se le pregunte a alguien por la justicia de las reivindicaciones territoriales bolivianas y entonces él comience dictaminando alguna verdad universal, para enseguida producir desde ahí una impecable cadena inferencial hasta llegar a Evo Morales.[56] Como el lector seguramente recordará de su propia experiencia, sea en deliberaciones con terceros o en su fuero

[56] Diputado boliviano y destacado defensor de los derechos territoriales de Bolivia sobre la costa del Pacífico.

interno, ese alguien más bien examinará el caso concreto y, a partir de las particularidades que vea (el tratado de 1904, el papel que tuvo el uso de fuerza, lo que el tiempo consolidó o no consolidó, el vínculo o desvínculo entre la mediterraneidad de Bolivia y su pobreza, etc.), irá *construyendo* reglas universales o razones que le permitan enjuiciar el caso.

Es interesante destacar que esta dinámica no es sino otro ángulo de un tema que nos ha acompañado a lo largo del ensayo, a saber, la primacía del problema sobre el sistema. La retórica de la justicia requiere al menos que, para cada problema, construyamos un sistema que dé cuenta del problema. Dicho en forma más breve, cada problema produce su sistema.

Pero no todos reconocen fácilmente el papel que juega el particular en esa tensión con lo universal, tensión de la cual depende toda decisión justa. Algunas vertientes de nuestra cultura han tendido a mutilar nuestro entendimiento de lo que es juzgar, reduciendo el acto a uno solo de sus polos cual es la aplicación de uno universal.

3. EL QUIEBRE DE NUESTRA FACULTAD DE JUZGAR

Resumiré en pocas líneas parte de lo que hemos visto. El que tiene delante un caso particular dado no lo juzga aplicando reglas universales dadas, porque, ni está dado el caso particular ni están dadas las reglas universales con que será juzgado. Más bien, el juzgador entra en un proceso de vaivén, de deliberación, entre datos escogidos, tramas narrativas posibles, tópicos seleccionados (incluyendo normas escritas y valores), sobre cuya base va *construyendo* el caso particular mediante un trabajo poético y hermenéutico, a la vez que inevitablemente retórico. A lo largo de este proceso va *decidiendo* qué es pertinente y qué no lo es dentro de la infinidad de datos disponibles; qué valores están en juego, cuáles no y cuánto *pesan* relativamente los que sí define estar en juego; hasta llegar a una descripción del caso particular que tenga sentido. Como parte de este proceso, y a la luz de ese caso particular al cual él va dando forma, *construye* a su vez la regla universal con la cual juzgará ese propio caso particular, conforme hemos venido observando en las sentencias y ejemplos.

En el apretado resumen del párrafo anterior, puede resaltar a ojos de muchos la falta de estructura predeterminada del acto de juzgar, falta resultante de los sendos componentes de *construcción* y *decisión* que vertebran todo el proceso.[57] Se preguntarán dónde está entonces el anclaje a tierra que nos permita con alguna base decir algo, y no cualquier cosa, sobre algo, más todavía si se trata de *juzgar*. Nuestra experiencia personal sugiere (sabiamente) que algún anclaje hay, ya que en nuestra vida social (política, profesional, familiar) nos encontramos frecuentemente juzgando situaciones y afirmando con fuerza y convicción que esto está bien y aquello mal, que esto es justo y aquello injusto. De la naturaleza de ese anclaje trataremos más adelante. Pero antes, será útil mirar nuestra situación con mayor distancia y perspectiva. Esa mayor distancia incorporará dentro de nuestro campo visual el juicio *estético*. Veremos que su inclusión en nuestras consideraciones enriquecerá nuestra comprensión de lo que hasta ahora hemos venido analizando.

Con este anuncio de incluir el juicio estético en nuestras consideraciones, el lector tal vez se esté preguntando qué relación que a él interese podría existir entre juzgar el valor de una pintura y juzgar el asesinato de Humberto Mora. Pues bien, existe una estrecha relación. Comenzaré por referirme a ella. Después, sobre la base de un campo visual ampliado, alcanzaremos a vislumbrar algo de lo que ocupará nuestra atención en el capítulo siguiente, a saber, que la carencia de anclaje es una ilusión, que en torno a esa ilusión ha tomado forma una de las principales vertientes culturales de Occidente y que esa ilusión no es políticamente inocente.

En primer lugar, recordemos que, conforme a nuestra propia experiencia, *hacemos juicios estéticos*, esto es, expresamos sobre ciertos objetos algo que va más allá que nuestro mero agrado personal. Digo esto porque más de alguien podría pensar lo contrario. Podría pensar que sobre gustos no se discute, a dife-

[57] Si, tal vez por el mayor impacto que una apretada condensación da a cualquier idea, el lector tiene dudas acerca de la medida en que el resumen del párrafo anterior da cuenta de lo que uno observa y lo que uno hace cuando de juzgar se trata, lo invitaría a repasar mentalmente a la luz de este resumen los ejemplos que hemos analizado, sus propias experiencias personales en juzgar situaciones y los actos de juzgamiento que él ha tenido la posibilidad de observar directamente en su entorno estudiantil, profesional o familiar.

rencia de que sí se puede discutir y defender una posición sobre la justicia del fallo de la corte en el caso del asesinato de Mora. Pero no es así. Es cierto que si a mí no me gusta la comida japonesa y al lector sí, el lector no insistirá diciéndome que *es* sabrosa, sino que aceptará sin más que es sabrosa *para él* y no *para mí.* Como dice el adagio, *de gustibus non disputandum est.* Pero si yo afirmo que la *Ultima Cena* de Da Vinci o la catedral de Chartres son feas y el lector considera que son bellas, el lector en su fuero interno no aceptará simplemente que esas obras sean bellas *para él* y feas *para mí.*[58] Pensará más bien que hay algo dañado en mi facultad de apreciación de la belleza, porque esas obras *son* bellas. No estaría fuera de lugar, incluso, que me dé *argumentos* en defensa de la belleza de esas obras, como en cambio no se le pasaría por la mente dármelos respecto del sabor de la comida japonesa. Tal vez me hablaría de ese extraordinario contraste entre la quietud de Cristo y el turbulento oleaje circundante de apóstoles como expresión figurativa de los ánimos del evento; o de las vidrieras y de la enervadura de columnas de la catedral, como expresión material de la presencia divina manifestada en luz y geometría. Y tales argumentos darían lugar a una regla universal que hace posible su *juicio* estético. Me diría, por ejemplo, que "hay belleza en una obra que, con economía de medios y austeridad, da expresión clara a complejos sentimientos humanos con ocasión de un acontecimiento, o a determinadas ideas arquetípicas acerca de las manifestaciones de lo divino", y que dicha regla universal es aplicable tanto a la Ultima Cena como a Chartres. Claro está –repitiéndose aquí nuestro tema de la falta de anclaje– que él no estaría en condiciones de *forzar* con sus razones mi reconocimiento de la belleza de esas obras, así como sí podría forzar mi reconocimiento del carácter de primo del número 7. Lo que sí podría hacer es persuadirme, conduciendo mi atención hacia una determinada selección de particularidades de dichas obras y un enlazamiento de esas particularidades con ciertos valores o prin-

[58] Reina hoy un tabú en círculos artísticos respecto del uso de expresiones como "bello" o "feo" para calificar una obra de arte. Pero no enredemos el lenguaje de nuestro análisis buscando expresiones alternativas que sean "estéticamente correctas". Digamos "bello" y "feo" con confianza e inocencia.

cipios estéticos o culturales que me resuenen por yo pertenecer a la misma cultura que él y que las obras.

Lo anterior no es diferente a lo que ocurriría si yo considerara loable el golpe de Estado de 1973 y el lector no. Este último no aceptaría simplemente que el evento sea loable *para mí* y no *para él.* Más bien pensaría que hay algo que está mal en mi capacidad de apreciar política o moralmente el acontecimiento, porque a su juicio éste *fue* injusto o inmoral. No estaría fuera de lugar que me dé *argumentos* como los que muchos han dado durante treinta años en Chile para defender su postura y sobre la base de esos argumentos podría formular reglas universales desde donde juzgar. Asimismo, si yo considerara que lo justo era aplicar pena de muerte a Guillermina Toledo y el lector estuviera convencido de lo contrario, él no aceptaría que simplemente dicha posibilidad sea de un modo *para mí* y de otro *para él,* como la comida japonesa, porque consideraría que condenar a muerte a Guillermina Toledo simplemente *es* injusto. Pero, como sabemos y resulta obvio de la diversidad de opiniones sobre el golpe así como del hecho que, a diferencia de la corte, el tribunal de primera instancia había fallado a favor de la condena de Guillermina Toledo como parricida; no estaría en condiciones de forzar con razones mi aceptación de su postura. Lo que sí podría hacer –como hemos visto ya tantas veces– es persuadirme, conduciendo mi atención hacia una determinada selección de datos de dichas situaciones o acciones y un enlazamiento de esos datos con ciertos valores o principios políticos, morales o jurídicos que me resuenen por yo pertenecer a la misma cultura que él y en la cual se dieron los acontecimientos.

En este punto será útil referirnos a una diferenciación que hace Kant entre dos tipos de juicio. En su tercera crítica, la Crítica al Juicio, Kant señala que "Juzgar, en general, es la facultad de concebir lo particular como contenido bajo lo universal".[59] Destaca así, desde un inicio, el hecho que el juicio se juega en la relación entre lo universal y lo particular, tema que ya hemos examinado. Enseguida, él diferencia dos tipos de juicio, el *determinante* y el *reflexivo.* Examinar cada uno dará más forma a temas que ya hemos comentado.

[59] Kant, *Crítica del juicio,* Introducción, sección IV.

Dice que "Si el universal (regla, principio o ley) está dado, entonces el juicio que subsume el particular dentro de él se llama *determinante*".[60] Esta relación de subsunción, propia del juicio determinante y conocida por todo estudiante de derecho, es una relación sencilla entre el universal de antemano dado y el particular al cual dicho universal simplemente *se aplica.* Aquí no existen las tensiones entre universal y particular de las cuales hemos hablado. Es la relación que se da, por ejemplo, entre universales y particulares en matemática o incluso en ciencias empíricas una vez que se han formalizado. Para determinar si la entidad particular que es el número 6, es miembro de la categoría universal "número primo", no necesito debatirme en torno a qué circunstancias especiales del número 6 será razonable tomar en cuenta (por ejemplo, los significados esotéricos de ese número, el hecho que los cristales se forman en la naturaleza con seis lados, el hecho que no se puede cubrir un muro con azulejos hexagonales, etc.), esto es, circunstancias del mismo ajenas al universal que estoy considerando, esto es, ajenas a la definición de número primo. Por el contrario, me basta *aplicarle* sin más la definición de la categoría universal "número primo" –esto es examinar si es o no divisible por algún número otro que el 1 y sí mismo–, vale decir, me basta con subsumir el particular en el universal. Asimismo, *si sólo de subsunción se hubiera tratado* para determinar si el caso particular que es el asesinato de Humberto Mora por Guillermina Toledo es miembro de la categoría universal "parricidio" contemplada en el artículo 390 del Código Penal, el tribunal no habría necesitado debatirse en torno a qué circunstancias especiales del caso era razonable tomar en cuenta (por ejemplo, la edad de Guillermina al casarse, el hecho que nunca recibió ayuda de su marido, el hecho que era madre y estaba embarazada, etc.), esto es, circunstancias del mismo ajenas al universal que habría estado considerando, esto es, ajenas a la definición de parricida dada en el artículo 390. Por el contrario, *si de un juicio determinante* se *hubiera tratado,* a la corte le habría bastado con aplicar sin más la definición de la categoría universal "parricida" –esto es exa-

[60] Kant, *Crítica del juicio,* Introducción, sección IV.

minar si la víctima era su marido y si ella lo sabía, vale decir, le habría bastado con subsumir el particular en el universal.

Kant se refiere al otro tipo de juicio como sigue: "Si, sin embargo, sólo el particular está dado y el universal debe ser encontrado, entonces el juicio es *reflexivo*".[61] El lector reconocerá en esta definición el tipo de juicio que hemos venido analizando a lo largo del capítulo. Siguiendo con el mismo ejemplo, diríamos que, *como para la corte el caso del asesinato de Humberto Mora requería de un juicio reflexivo*, entonces lo dado no era la regla general sobre parricidio contemplada en nuestra legislación, sino que lo dado era el caso particular de ese asesinato, con toda su riqueza fenoménica que incluye, entre otras cosas, la edad de Guillermina al casarse, el hecho que nunca recibió ayuda de su marido, el hecho que era madre y estaba embarazada. A partir de ahí, como dice Kant, "el universal debe ser encontrado", como lo encontró la corte en su compleja elaboración acerca de lo que significa "cónyuge" y lo que significa "tener conocimiento de ser cónyuge", elaboración producto de la cual se encontró un universal que luego se aplicó al propio particular del cual ese universal había nacido.[62]

Notemos ahora algunos paralelos entre los actos de juzgar estéticamente la Ultima Cena o Chartres, políticamente el golpe de Estado de 1973 en Chile, o jurídicamente el asesinato de Humberto Mora:

[61] Kant, *Crítica del juicio*, Introducción, sección IV.

[62] En las escuelas de derecho tradicionalmente se distingue entre las disposiciones legales y *la norma jurídica* que el intérprete extrae de las disposiciones legales y que es lo que en definitiva se aplica. Eso es una pequeña parte de la verdad. La otra parte –que no se explicita a pesar de ser la realidad cotidiana del ejercicio profesional– es que esa norma jurídica no se extrae sólo a partir de las disposiciones legales (a modo de *uso* propuesto de ellas) sino, muy importantemente, a partir de las potencialmente infinitas y previamente indeterminadas particularidades del caso. Examine el lector en el anexo de Materiales la sentencia que condena a Guillermina Toledo a homicidio simple, y verá que *la norma* producida y aplicada por la Corte no nació de una mera lectura detenida del artículo 390, sino del entendimiento de la Corte acerca del caso, apoyado en ciertas particularidades que lo rodearon conforme se refleja en su narración, entendimiento éste que llevó a la Corte a buscar para esa disposición un *uso* que evitara la condena a muerte de Guillermina Toledo.

- En los tres ámbitos, estético, político, jurídico,[63] nos movemos en lo que podemos llamar *un mundo de apariencias*, un mundo en que la *Ultima Cena*, el golpe de Estado o la condena de Guillermina Toledo como parricida, no se ven sino como tú los ves, como yo los veo, como los ve el tribunal de primera instancia, como los ven los ministros de la corte, *siempre como los ve alguien* a la luz del ángulo narrativo, hermenéutico y tópico desde el cual ese alguien miró. No existe aquí esa mirada de Dios, libre de toda perspectiva porque las abarca todas. O, lo que para nuestros efectos es igual, si existiera no está a nuestro alcance para actuar sobre el mundo mañana después de almuerzo. Diferente al mundo de las apariencias es el mundo de las cosas *que son*: el número 7 *es* primo y la velocidad de la luz en el vacío *es* 300.000 kilómetros por segundo, no es que así te parezca a ti pero a mí me aparece diferente.
- No obstante ser un mundo de apariencias que tú puedes ver diferente a como lo veo yo, es un mundo en que *podemos* hacer, *nos importa* hacer y normalmente *hacemos* juicios, tanto estéticos como políticos y jurídicos.
- Por tratarse de un mundo de apariencias, estos juicios son reflexivos y están estrechamente ligados al discurso persuasivo (poético, hermenéutico, retórico) más que a la demostración, a la conversación más que al método, al acuerdo intersubjetivo más que a la verdad.
- En todos estos ámbitos creemos ver juicios faltos de anclaje precisamente por recaer sobre un mundo de apariencias, dependientes del discurso persuasivo, alejados del método y de la verdad.

Porque esta mirada más amplia nos resultará útil, y a modo de preparación para continuar nuestro análisis de la retórica de la justicia, he querido tomar perspectiva para incluir el juicio estético, el político y el jurídico dentro del mismo campo visual.

[63] Si, como hemos dicho, el planteamiento que formula el abogado respecto de qué hacer ante un caso concreto, constituye una propuesta política acerca de cómo entender en adelante los acontecimientos y nuestras tradiciones, entonces lo jurídico es parte de lo político.

Terminaré esta sección con una breve sinopsis de un tema a ser tratado tanto en el capítulo siguiente como en el capítulo final.

En el siglo quinto a.C., Atenas se debatía entre dos visiones acerca de la conducción tanto del alma como de la ciudad: la *filosófica* y la *política*; la teoría como contemplación, y la acción práctica y creativa en la *polis*. En *La República*, Platón zanjó el diferendo, dando autonomía y primacía a la teoría como contemplación, liberándola de la volatilidad de las apariencias en que se mueven día a día los asuntos humanos. Por lo mismo, la práctica política perdió aquí simbólicamente su autonomía, quedando sin timón propio para definir rumbos ante cada situación concreta que requiera respuesta a la pregunta *qué hacer*. La acción pasó a convertirse en mera aplicación de la teoría al mundo; la razón práctica se redujo a aplicación de razón teórica a asuntos prácticos, nuestra conocida *subsunción*. La opción platónica por la autonomía y primacía de la teoría contemplativa a la vez contribuyó a consolidar y simboliza un mito acerca de la naturaleza de la razón, un mito acerca de qué vale y qué no vale como "buenas razones" para creer o para actuar. Ese mito marcó el pensamiento cristiano, la tradición filosófica de Occidente y la cultura de nuestra modernidad. Ese mito pesa, por ejemplo, en la confusión entre "lyer" y "lawyer" en la película *Mentiroso, Mentiroso*.

En lo que constituye un símbolo de la opción que estamos comentando, Platón expulsa de su República al arte. La razón dada es que el arte es copia de una copia, o si se quiere apariencia de una apariencia, versión de segunda mano de lo que el artista *ve* con sus ojos, lo que ya es una apariencia engañosa de los sentidos. Velázquez, desde su limitada perspectiva en este mundo de apariencias, ve de cierta manera a la familia real y produce sobre tela una apariencia de la apariencia que él vio. No escapará al lector que en igual situación se encuentra, por ejemplo, el ministro de corte que, desde su limitada perspectiva en este mundo de apariencias, ve de cierta manera el asesinato de Humberto Mora (distinto a como lo vio el juez de primera instancia) y produce en la sentencia una apariencia de la apariencia que él vio, construida no mediante una singular composición de figuras, texturas y colores sino mediante una

singular composición de datos, tramas y valores. Con esto último quiero indicar que lo que Platón expulsa de su República no es al que usa pigmentos, sino a todo el que representa y reproduce ese mundo de apariencias; al que, ante cada objeto o situación particular, no ofrece sino el ángulo especial, la perspectiva singular, meras opiniones y no la verdad que se ve con el ojo de Dios. Dicho de otro modo, la supresión platónica del arte es la supresión de la política.

Al ser expulsado de la República, esto es, de la ciudad y del alma, el arte quedó convertido en una actividad autónoma, decorativa, *cuestión de gustos*, ajena a las fuerzas que mueven a la sociedad, vale decir, ajena a las razones para creer y actuar. Mirado desde la República, el arte expulsado no se ve racional, no se ve que diga la verdad, porque la razón y la verdad no son opinables, no son dependientes de ángulos o perspectivas. Mirados desde la República, los juicios que se hacen fuera de ella se ven volátiles, faltos de anclaje. Ese es el origen de la incomodidad que nos ha acompañado a veces en este ensayo: miramos desde la República. La expulsión creó un abismo entre las pretensiones del saber o de la acción correcta (fundadas, lógicas), por una parte y, por la otra, las pretensiones del gusto (opinables, perspectivistas). Kant es un buen ejemplo de cómo la cultura occidental recogió la separación: en sus primeras dos críticas (Razón Pura, Razón Práctica) se ocupa de lo que quedó dentro de la República, esto es, el pensar *y el actuar*; en la tercera (que incluye el juicio estético) se ocupa separada y diferentemente de lo que quedó fuera.

En términos más claros, *la expulsión tuvo un efecto disgregador sobre lo que es la natural unidad de nuestras facultades racionales para lidiar con el mundo*, quedando cojas o alienadas tanto las de extramuros como las de intramuros. Afuera, con los artistas (y los políticos), quedaron nuestras facultades racionales para dar sentido a lo particular. Adentro quedaron nuestras facultades racionales para estructurar y hacer comunicable lo universal que valida el particular. Es cierto que afuera vive cómodo el capricho –decorativo, hedonista y cualquier otro no necesitado de lo universal. Pero, por lo mismo, *inocuo e insustancial* respecto de nuestras preocupaciones acerca de qué pensar o qué hacer. Y adentro vive cómoda la teoría –matemática, científica, moral

(la de espíritu geométrico, no casuista)– no necesitada de las particularidades no preconcebidas de los particulares. Pero, por lo mismo, abarcadora de todo el espacio de su discurso, esto es, *totalitaria* en su ceguera ante las necesidades de lo particular.

La gran víctima del quiebre fue *el juicio*, por su dependencia de la tensión que conocemos entre lo particular y lo universal. Y la capacidad de juzgar es precisamente aquello que da dirección o sentido al alma y a la ciudad.

4. EL SENTIDO DE COMUNIDAD

Kant destinó la primera parte de su *Crítica del juicio* a examinar, dicho en lenguaje nuestro, cómo se juzga fuera de la República. Es su *Crítica del juicio estético.* Nosotros, conocedores ya de aquello que Platón buscaba realmente exiliar, sabemos que fuera de la República quedaron no sólo los juicios estéticos sino también los juicios políticos (que, como hemos visto, engloban a los jurídicos.) Luego, para nuestra investigación del acto de juzgar y de la justicia, será interesante ver qué apoyo nos puede dar el análisis kantiano del juicio estético.

En los años sesenta Hannah Arendt planteó la idea de que la *Crítica del juicio estético* de Kant contiene las semillas de una *filosofía política*, filosofía de cuyos alcances políticos probablemente el propio Kant no alcanzó a tener plena conciencia y que es diferente –de hecho contraria– a aquella que resulta de su *Crítica de la razón práctica.*[64] Arendt fue elaborando estas ideas en conferencias y artículos dispersos, pero falleció cuando se aprontaba a escribir un texto orgánico que contuviera su lectura de la tercera crítica de Kant y la visión de ella misma acerca de la facultad de juzgar.[65] Nos haremos acompañar, por Hannah Arendt en nuestra lectura de Kant.[66]

[64] La contraposición era esperable ya que, desde la perspectiva del mito occidental que pesa sobre Kant, él no ve que junto al artista se exilió al *bios politikos*, de modo que su *Crítica de la razón práctica* opera intramuros –donde está el imperativo categórico, el fundamento, la verdad–, en tanto que la del juicio estético opera extramuros –donde está la prudencia, lo opinable.

[65] Arendt estaba escribiendo un libro titulado *The Life of the Mind*, y completó las dos secciones iniciales, *Thinking* y *Willing*, quedando sin iniciar la tercera

Hay tres claves en la *Crítica del juicio estético* que nos resultarán muy iluminadoras de lo que observamos en nuestra propia acción y en la de otros, cuando de hacer justicia se trata. Las llamaremos *sentido de comunidad, imparcialidad* y *comunicabilidad.* Veremos que es útil mirar los actos de juzgamiento de otros y llevar a cabo los propios a la luz de la siguiente directriz: en la medida que estas tres claves estén presentes en una decisión, ella es justa; y si alguna de estas tres claves falta, no es justa. Veremos que las tres claves son útiles porque tienden a producir decisiones que tendemos a considerar justas y porque son operativas, esto es, permiten ante cada caso tomar decisiones concretas de acción o hacer observaciones concretas sobre la acción de otros para, ya sea, actuar justamente o comprender mejor lo que uno observa, según el caso. Examinemos estas tres claves.

acerca de *Judging.* Como se ha comentado, su trabajo en tres secciones pareciera haber estado haciendo un paralelo a las tres críticas kantianas.

[66] Nuestro apoyo en la lectura que hace Arendt de Kant podría generar algunas observaciones que comento brevemente:

i) Es ésta una lectura de la *Crítica del juicio* que el propio Kant no habría imaginado. Eso es cierto, pero nuestro objetivo no es exegético o filológico. Nuestro interés no es dar cuenta de lo que dice la filosofía occidental sino encontrar una diferencia entre lo justo y lo injusto que sea operativa para nuestra acción. A ese efecto daremos al texto de Kant un uso diferente al concebido originalmente en su "manual de fábrica". Veremos que ese uso será productivo para nuestros fines.

ii) La *Crítica del juicio estético* de Kant es formal. No hay una búsqueda de los contenidos de la *prudencia* como en la *Etica a Nicómaco* de Aristóteles, del papel de la experiencia, la madurez. Hay sólo una desinteresada contemplación de las apariencias, no de los fines. A esto se suma que Kant da al *espectador* descomprometido una suerte de monopolio sobre la capacidad de juzgar, siendo que a nosotros nos interesa el juicio de actores (los abogados) comprometidos con la acción. Todo esto parece llevar a una estetización de la política que no armoniza con nuestros propósitos. Jurgen Habermas y Hans-Georg Gadamer han criticado este aspecto del pensamiento político de Arendt. Todo eso es cierto, pero nuestros propósitos son más modestos que los de Habermas, Gadamer o la propia Arendt. Como en todo diálogo con terceros y desde una perspectiva pragmática, nosotros estamos tomando de Kant y de Arendt sólo aquello que nos ayudará a la vez a encontrarnos con y estructurar nuestras propias ideas para dar forma a un criterio operativo que nos permita en la acción distinguir entre lo justo y lo injusto. Si logramos dar forma a tales pautas de acción de una manera que tenga para nosotros sentido, habremos sido exitosos, cualesquiera sean los rumbos que en la filosofía de Occidente tome el debate sobre el uso político de la *Crítica del juicio estético.*

Un ejemplo inicial nos dará una sinopsis sencilla del camino.

Dos hermanos de poca edad acuerdan con su padre que no se molestarán entre ambos y que el infractor se quedará sin salir el fin de semana. La ley, entonces, es algo así como "el que moleste al otro será castigado con un fin de semana de encierro en casa". Un hermano sale al jardín a jugar a la pelota y el otro se instala cerca a armar un rompecabezas. La pelota cae sobre el rompecabezas y lo desarma cuando se encontraba en estado avanzado. El afectado recurre al padre para que haga justicia conforme al acuerdo. Creo que el lector concordará con que la decisión sobre el caso *no* sería justa si ocurre cualquiera de las siguientes tres cosas:

1. Falta de *sentido de comunidad*

Que el padre simplemente no indague o no tome en cuenta datos, tradiciones y valores que los hermanos y la familia probablemente consideran pertinentes para decidir, esto es, que la comunidad en la cual y desde la cual juzga considera pertinentes. Por ejemplo, si fue imprudente la distancia o ubicación que escogió el hermano que llegó a armar el rompecabezas; el hecho que el jardín es el lugar tradicional, conocido y frecuente de juego con la pelota; la explicación que dio cada niño; determinados indicios de que se trate de accidente o de mala intención; edades de los hermanos, por lo que pudieran afectar la capacidad de exigir prudencia en su ubicación a uno o control mínimo de la pelota al otro; que un hermano mayor es proporcionalmente más responsable en cualquier situación; historial de quién molesta normalmente a quién, tal vez como base para una presunción, etc.

Ya sabemos que sobre la base de las particularidades y tópicos que el padre identifique y escoja considerar, él generará mediante un juicio reflexivo la regla universal con la cual juzgará el caso, incluyendo qué *uso* darle en esta ocasión a la ley sobre no molestar. Pero el lector estará de acuerdo en que, si bien no hay otra manera de producir un juicio (conforme hemos visto en las páginas anteriores), no sería un juicio *justo* si simplemente no toma en cuenta datos, tradiciones y valores como los indicados; datos, tradiciones y valores que los niños y la familia razonablemente esperarían que sean considerados. La sensibilidad a tales datos, tradiciones y valores, así como su

incorporación al acto de juzgar es lo que llamamos "sentido de comunidad".

2. Falta de *imparcialidad*

Tampoco sería justo que, aun habiéndose resuelto el caso haciéndose cargo el que juzga de todos los datos, tradiciones y valores pertinentes, la decisión no haya recaído en el padre sino en la polola del hermano mayor que esperaba salir con él ese fin de semana y se vería perjudicada si éste es castigado. Si falla a favor de su pololo, la familia y el afectado podrían pensar que lo hizo para favorecerlo. Si falla en contra de él, la familia y el afectado podrían pensar que tomó su postura para no ser percibida como habiendo favorecido a su pololo.[67]

Estoy consciente que un lector podría pensar que una cosa es que la decisión misma sea justa y otra cosa es que esa decisión justa haya sido tomada por alguien que tenía un conflicto de intereses, lo que por cierto es indeseable pero no quita su justicia a la decisión. Lo que yo trataré de mostrar más adelante, en cambio, es que si el juez no es imparcial la decisión simplemente no es justa, cualquiera sea la decisión. Esto suele producir mucha sorpresa intramuros, aunque para quienes quedamos relegados al lado de afuera, en el mundo de las apariencias, es algo bastante evidente. Volveremos sobre el tema.

3. Falta de *comunicación*

Y finalmente, tampoco sería justo que, aun habiendo tomado la decisión el padre y habiendo él tomado en cuenta todos los datos, tradiciones y valores pertinentes, se limite sólo a comunicar a las partes el castigo (o la liberación del mismo) sin dar explicación alguna acerca de cómo llegó a su decisión.

Al igual que en el caso de la imparcialidad, sé que dentro de la República se tiende a pensar que una cosa es que la decisión misma sea justa, y otra cosa es que esa decisión que

[67] Esto puede hacer explicable la decisión de la Corte Suprema de sacar del caso Spiniak al juez Calvo quien, aparentemente bajo presión de chantaje, se autodeclaró homosexual, mientras conocía del bullado caso acerca de pedofilia homosexual. (Hasta diciembre del 2003, el juez además fue sancionado con cuatro meses de rebaja de 50% de su remuneración y apertura de cuaderno de remoción del Poder Judicial, por lo que se definió como comportamiento indecoroso.)

es justa se comunique o no se comunique de tal o cual manera. Acá afuera, en cambio, pensamos que sin comunicación la decisión simplemente no es justa, cualquiera sea la decisión. Retomaremos el tema.

Examinemos ahora cómo vio Kant el juicio estético que, como sabemos, tiene gran cercanía con el juicio político y, por tanto, es pertinente para nuestra pesquisa.

Puesto que de juzgar se trata, esto es, de colocar el particular que se juzga bajo un universal y no solamente de dar cuenta de lo que a uno individualmente le agrada o desagrada; entonces, el que juzga debe mirar lo juzgado desde alguna perspectiva que le permita razonablemente *esperar* que no sólo agrade o desagrade a él sino a todos. Esto no es sino la pretensión de universalidad propia de todo juicio. Kant lo dice así: "Luego él [el que juzga] debe mirarlo [su agrado o desagrado] como apoyado en algo que él suponga estar en toda otra persona; y por tanto él debe creer que tiene razones para exigir un similar agrado o desagrado de todos".[68]

Pero, entonces, la pregunta crucial es *qué es* aquello que podemos suponer estar en toda otra persona, que nos permita esperar (o *exigir*, como dice Kant en un sentido que afinaremos) un similar agrado o desagrado de todos. ¿Qué es aquello que permite a la corte esperar de todos igual desagrado ante la condena de Guillermina Toledo por parricidio o que permite al Tribunal Constitucional esperar de todos igual agrado ante una lectura de la Constitución Política que haya permitido contar con tribunal calificador de elecciones para el plebiscito?[69]

Como ya nos resulta obvio, aquello por lo cual nos preguntamos *no es un concepto predefinido que simplemente se aplique* al caso particular imponiendo a los demás su aceptación, así como el concepto de número primo simplemente se aplica al número 7 imponiendo a los demás la aceptación de su carácter de tal. No es que exista un concepto de parricida (u otro relacionado con el caso) que se imponga a nuestra razón de manera

[68] Kant, *Crítica del juicio*, § 6.

[69] Habiendo ya explicado el lazo entre juzgar estéticamente un objeto y juzgar políticamente una acción o situación, en adelante sólo haré referencia ilustrativa a acciones y situaciones políticas (incluyendo jurídicas) que son las de nuestro interés, si bien Kant tuvo en mente sólo ejemplos de juicio estético.

que no quede sino aceptar su aplicación. Tanto así que el tribunal de primera instancia emitió un fallo opuesto al que emitió la corte. No es que exista un concepto de sistema electoral público (u otro relacionado con el caso) que se imponga a nuestra razón de manera que no quede sino aceptar su aplicación. Tanto así que los ministros Ortúzar, Aburto y Urzúa llegaron a una conclusión opuesta a la de la mayoría. Kant lo dice así: "Pero esta universalidad no surge de conceptos. [...] el juicio[...] necesita involucrar una pretensión de validez para todos los hombres, pero necesita hacerlo al margen de la universalidad ligada a objetos [conceptos], o sea, necesita asociarse a él una pretensión de universalidad subjetiva".[70]

Pero, ¿Qué es esta universalidad *subjetiva*? Aquí está para nosotros lo fundamental ya que, siguiendo el pensamiento de Kant, es esa universalidad subjetiva la que tendrían los planteamientos de la corte acerca del parricidio así como también los planteamientos del Tribunal Constitucional acerca de un sistema electoral público, universalidad subjetiva que permitió a esos tribunales *juzgar*, esto es, colocar el caso particular bajo un universal de manera que sea esperable que todos los hombres concuerden, pero todo ello de manera diferente a una aplicación mecánica de conceptos mediante subsunción.

No me cabe duda de que con sólo reflexionar un poco acerca del tema el lector dará con la respuesta kantiana, ya que ésta surge naturalmente de mirar nuestras experiencias personales y lo que acontece a nuestro alrededor. ¿Qué tiene de universal el fallo de la corte respecto del asesinato de Humberto Mora que haga razonable que la corte pueda esperar la aceptación del lector? Pues, obviamente, lo que tiene de universal es el apoyo que busca en valores y principios que el lector probablemente comparte y esperaría sean considerados, por el hecho de pertenecer a la misma comunidad que los ministros de la corte, esto es la comunidad de Chile contemporáneo. Es esperable por parte de la corte, por ejemplo, que para el lector sea pertinente y le desagrade el engaño mediante el cual Humberto Mora hizo su mujer a una niñita de quince años, la humilla-

[70] Kant, *Crítica del juicio*, § 6.

ción de dejarla, volverla a embarazar y dejarla nuevamente, la falta total de apoyo económico no obstante la escasez de recursos de ella. Es esperable para la corte que, dadas esas particularidades del caso, al lector le agrade que la niña no sea sometida a pena de muerte y, por tanto, le agrade el uso que la corte propone para el artículo 390 del Código Penal.

Es claro que estos principios y valores son lo que da un marco de universalidad dentro del cual la corte pudo juzgar el caso particular. *De hecho, sobre esa base juzgó.* Pero es una universalidad *subjetiva.* No es la universalidad objetiva del concepto de número primo, útil para evaluar la naturaleza del número 7. No es *objetiva* en el sentido que no surge del *objeto* dado allá afuera (los datos, las leyes y alguna conceptualización preexistente de todo ello.) Es subjetiva porque surge de cómo sería esperable que *nosotros* (incluida la propia corte), vale decir *esta comunidad,* miremos lo dado en razón de los principios y valores que en ella se comparten. En otra comunidad –por ejemplo la comunidad pakistaní de Meerwala donde un consejo tribal dictaminó que una niña de dieciocho años debía ser violada por cuatro hombres en castigo por una infracción cometida por su hermano, quien se había relacionado con una mujer de otra casta–[71] donde la posición y derechos de la mujer sean significativamente diferentes a los del hombre, los principios y valores en que buscó apoyo nuestra corte probablemente no habrían permitido esperar que los demás concuerden y, en cambio, sí habría sido esperable que concuerden con el más severo castigo para una mujer que mata a su marido. Aun en Meerwala, sin embargo, el 7 es un número primo.

Así también, el carácter subjetivo de esta universalidad hace que, aun en *nuestra* propia comunidad, algunos puedan discrepar con el juicio que en ella se apoya. Esto simplemente porque los principios y valores de nuestra comunidad son muchos, diferentes, algunos incluso contrapuestos (recordemos nuestro análisis y ejemplos sobre la naturaleza de los tópicos) y, además, diferentes personas pueden darle diferente *peso* a unos y otros principios y valores para el caso particular en cuestión. Es así como, en el hecho, el tribunal de primera instancia condenó a

[71] Noticia en el diario "El Mercurio" de fecha 6 de julio de 2002.

Guillermina Toledo como parricida, y tal decisión no fue muestra de irracionalidad o demencia como lo sería si hubiera resuelto que el número 7 es par. ¿Y cómo logra el juzgador, entonces, que esa aceptación esperable de los miembros de su propia comunidad se refleje razonablemente en los hechos, considerando que no juzga el particular sobre la base de un universal *objetivo* que se les pueda imponer? Pues, mediante la persuasión, esto es, mediante la poética, la hermenéutica y la retórica, todo apoyado en un entendimiento compartido de cómo queremos convivir.

Kant plantea todo esto en los siguientes términos: "Tiene entonces que haber un principio subjetivo, uno que determina lo que agrada y desagrada,[...] no a través de conceptos pero con validez universal. Tal principio sólo podría ser visto como *sentido común*".[72] En este *sentido común* ve Kant el sentido de las cosas compartido por la comunidad y que sirve de base para generar esa universalidad subjetiva que hace posible juzgar. Para aclarar su idea, se apresura Kant en señalar que no habla del sentido común en los términos en que normalmente se entiende, digamos como un mero buen criterio cotidiano y básico para las cosas. Por lo mismo, y a fin de evitar confusiones, opta por referirlo en latín como *sensus communis*. "Sin embargo", dice, "bajo el nombre *sensus communis* debe entenderse la idea de un sentido público, esto es, una facultad crítica que toma en cuenta el modo de representación de todos los demás a fin de que, por así decir, se sopese su juicio con la razón colectiva de la humanidad. [...] Esto se logra sopesando nuestro juicio no tanto con los juicios actuales de otros sino con los juicios meramente posibles de otros, colocándonos en la posición de todos los demás".[73] Para los fines de nuestro ensayo, y siguiendo a Hannah Arendt, he optado por referir la idea detrás de *sensus communis* como *sentido de comunidad*, una de las tres claves que he atribuido al acto de juzgar. Dice ella, "Kant indica que se refiere a algo diferente: un sentido extra –como una capacidad mental especial– que nos sitúa dentro de una comunidad. [...] Es un *sentido de comunidad* en oposición a un sentido privado".[74]

[72] Kant, *Crítica del juicio*, § 20.

[73] Kant, *Crítica del juicio*, § 40.

[74] Hannah Arendt, "Kant Lectures", conferencias dictadas en la New York School for Social Research en otoño de 1970. Publicadas en Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, The University of Chicago Press, 1982.

Por cierto, Kant tiene conciencia de las limitantes del carácter subjetivo de la universalidad que surge del sentido de comunidad. Dice, por ejemplo, refiriéndose a sus propias palabras acerca de que el juzgador puede *exigir* de los demás un similar agrado o desagrado, "Nuestra afirmación no es que todos *van* a estar de acuerdo con nuestro juicio, sino que cada cual *debiera* estar de acuerdo. Pongo delante mi juicio[...] como ejemplo del juicio del sentido común, y le atribuyo sobre esa base validez ejemplar".[75] Y, entonces, en lo referente a cómo en el hecho se busca ese acuerdo de otros, se remite a la persuasión, con una imagen que evoca directamente la seducción: "Somos cortesanos detrás del acuerdo de todos los demás, pero fortalecidos por un terreno que es común a todos".[76]

Será ilustrativo para nosotros complementar este análisis pasando breve revista a algunas ideas de Hannah Arendt sobre la *Crítica del juicio estético.* Dice ella que "La validez de estos juicios nunca es la validez de proposiciones científicas o cognoscitivas, que no son juicios, estrictamente hablando. (Si uno dice 'el cielo es azul' o 'dos y dos son cuatro', uno no está 'juzgando'; uno está diciendo lo que es, obligado por la evidencia de los sentidos o de la mente.) Asimismo, nunca podemos obligar a otro a estar de acuerdo con nuestros juicios –'Esto es bello' o 'Esto es malo'–; uno sólo puede cortejar el acuerdo de los demás. Y en esta actividad persuasiva uno recurre al "sentido de comunidad". En otras palabras, *cuando uno juzga, uno juzga como miembro de una comunidad*"[77] (énfasis agregado.)

Las siguientes elaboraciones que hace Arendt de estas ideas ayudan a comprender mejor la perspectiva desde la cual vio en la crítica del juicio estético una verdadera filosofía política. Dice que "La facultad del juicio descansa en el acuerdo potencial con otros. [...] El juicio necesita la presencia de otros 'en cuyo lugar' debe pensar, cuyas perspectivas debe considerar. [...] El juicio, para ser válido, depende de la presencia de otros. [...]

[75] Kant, *Crítica del juicio,* § 22.

[76] Kant, *Crítica del juicio,* § 19.

[77] Hannah Arendt, "Kant Lectures", conferencias dictadas en la New York School for Social Research en otoño de 1970. Publicadas en Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy,* The University of Chicago Press, 1982.

Sus pretensiones de validez nunca pueden extenderse más allá que los otros en cuyo lugar el juzgador se ha puesto para sus consideraciones".[78] En línea con esto último, habíamos comentado que las pretensiones de validez de la decisión de la corte respecto del asesinato de Humberto Mora difícilmente podían extenderse a la comunidad pakistaní de Meerwala, puesto que la corte no se ha puesto en el lugar de ellos para sus consideraciones. Pero la corte sí ha buscado ponerse en el lugar de todos nosotros chilenos contemporáneos, como lo muestra la selección de valores y principios con que universaliza su decisión.

Continúa Arendt diciendo que "Juzgar es una de las habilidades fundamentales de los hombres como seres políticos, en cuanto les permite orientarse en el ámbito público, en el mundo compartido. Los griegos llamaban *frónesis* a esta habilidad, y la consideraban la principal virtud o excelencia del estadista a diferencia de la sabiduría del filósofo".[79] Ya hemos visto como en la República se escinden la excelencia del estadista y la sabiduría del filósofo, exiliándose la primera al dar control de la acción a esta última.

Agrega ella que "El sentido común nos devela la naturaleza del mundo en cuanto es un mundo compartido. Juzgar es una de las más importantes, sino la más importante actividad en que ocurre este compartir-el-mundo-con-otros. La cultura y la política, entonces, pertenecen juntas porque no es conocimiento ni verdad lo que está en juego, sino juzgar y decidir, el intercambio juicioso de opiniones acerca de la esfera de la vida pública y del mundo compartido, y la decisión sobre qué acciones han de ser realizadas en él, así como de qué manera se verá ese mundo en adelante, qué tipos de cosas aparecerán en él".[80] Dice Arendt, entonces, que juzgar permite a los hombres orientarse en el ámbito público, en el mundo compartido. Dice que el sentido co-

[78] Hannah Arendt, *Between Past and Future,* Penguin Books, 1977. La cita es del capítulo titulado "The Crisis in Culture, Its Social and Political Significance", texto que contiene la presentación más orgánica de su pensamiento acerca de juzgar.

[79] Hannah Arendt, *Between Past and Future,* Penguin Books, 1977. La cita es del capítulo titulado "The Crisis in Culture, Its Social and Political Significance".

[80] Hannah Arendt, *Between Past and Future,* Penguin Books, 1977. La cita es del capítulo titulado "The Crisis in Culture, Its Social and Political Significance".

mún nos devela ese mundo compartido. Pues bien, ese *mundo compartido* no es sino el mundo de las perspectivas y opiniones que compartimos, de las *apariencias* que producimos y reproducimos y con las cuales unos atraen a otros. Es en ese mundo compartido en el cual necesitamos, ante cada situación que lo requiera, responder a la pregunta *qué hacer.* Se responde a esa pregunta con el acto de juzgar, el acto más importante –dice ella– en que se comparte el mundo con otros. Y agrega Arendt que *no es conocimiento ni verdad lo que está en juego,* sino juzgar y decidir. En nuestro lenguaje, no está en juego decir la verdad de un sistema, sino hacer el bien ante el problema.

Refiriéndose a la naturaleza del pensamiento político, Arendt agrega que "Me formo una opinión considerando un asunto dado desde diferentes puntos de vista, *haciendo presente en mi mente los puntos de vista de aquellos que están ausentes*; esto es, los represento. Este proceso de representación no acepta ciegamente las opiniones actuales de aquellos que están en otra posición; [...] esto no es un asunto de empatía[...] ni de contar cabezas para unirme a la mayoría, sino de ser y pensar desde mi propia identidad, colocándome donde no estoy. Mientras más puntos de vista de otros tenga en mente cuando considero un asunto, y mientras mejor puedo imaginar como pensaría yo en el lugar de ellos, más fuerte será mi capacidad para un pensamiento representativo y más válidas serán mis conclusiones finales, mi opinión".[81] Esta *validez,* ya sabemos, es la universalidad *subjetiva* de que habla Kant. Dice Arendt que esto es lo que descubrió Kant en la primera parte de su *Crítica del juicio,* aunque él no reconoció las implicaciones morales y políticas de su descubrimiento. Y agrega ella: "Aún si estoy completamente aislada mientras formo mi opinión, yo no estoy simplemente sólo conmigo misma en la soledad del pensamiento filosófico; yo sigo en este mundo de interdependencia universal, donde puedo hacerme representante de todos los demás".[82]

[81] Hannah Arendt, *Between Past and Future,* Penguin Books, 1977. La cita es del capítulo titulado "Truth and Politics".

[82] Hannah Arendt, *Between Past and Future,* Penguin Books, 1977. La cita es del capítulo titulado "Truth and Politics".

En mayo de 1989 un agricultor de 67 años de edad tenía obligaciones con el Banco O'Higgins por $ 133.934.000 garantizadas con una hipoteca sobre una determinada hijuela tasada en noviembre de 1986 en $ 13.240.000, vale decir una garantía que cubría apenas el 10% de la deuda. Las obligaciones tenían vencimientos anuales y semestrales hasta el año 1994. El estado de situación del deudor en mayo de 1989 mostraba un patrimonio negativo de $ 102.400.000, considerando tan sólo los pasivos con el Banco O'Higgins. Ya en julio de 1987, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras le había asignado categoría de riesgo C, por lo que la provisión mantenida por el banco por esos créditos era de 60%.

A fines de 1988 el deudor ofreció pagar en efectivo $ 60.000.000 en el entendido que dicho pago extinguiría deudas por $ 100.000.000. El banco aceptó la oferta, considerando que el deudor era de avanzada edad (lo que conllevaba el riesgo de encontrarse el banco en el futuro próximo en la necesidad de perseguir a herederos), que la garantía cubría una parte de la deuda mucho menor que lo que se ofrecía pagar, que la provisión de 60% que tenía hecha el banco, dada la categoría de riesgo del crédito, era mayor que la pérdida que le significaría este prepago y que los flujos futuros del deudor eran inseguros, dadas las características propias del sector agrícola.

El banco dedujo para fines tributarios la correspondiente pérdida de $ 40.000.000, anotándola en su contabilidad en la cuenta de gasto "Condonaciones". En 1993 el Servicio de Impuestos Internos le practicó una liquidación objetando dicha deducción en razón de que "De acuerdo a lo establecido en la ley de la renta en el artículo 31, este no contempla la deducción como gasto de la condonación de créditos, toda vez que esta responde a una mera liberalidad del acreedor y no a una necesidad del banco, en los términos fijados en la disposición legal antes citada". El banco interpuso reclamación tributaria explicando en detalle la naturaleza y circunstancias de la operación, y el juez resolvió en primera instancia no dando lugar al reclamo sobre la base de las siguientes consideraciones:[83]

[83] "Banco O'Higgins S. A. con Servicio de Impuestos Internos", Corte Suprema, Casación Fondo, Rol 3298-99. Se trata de un caso de transacción extrajudi-

- 9° Que, respecto de la condonación otorgada, según los documentos acompañados, consta que la misma tuvo su origen en la propia oferta del cliente quien, a la luz de los antecedentes rolantes en autos, se encontraba sirviendo su deuda normalmente, por lo que dicha condonación no puede considerarse como un gasto necesario para producir la renta por la reclamante, ya que ésta no tenía necesidad de concederla.
- 22° Que las condonaciones de créditos efectuadas por la reclamante tampoco pueden considerarse como una pérdida sufrida por el negocio o empresa, de las que autoriza deducir como gasto el artículo 31 N° 3 de la ley de la renta, entendiendo como pérdida el detrimento o perjuicio o disminución que sufre el patrimonio de una sociedad o persona, ya que es un elemento indispensable de la misma que el detrimento o perjuicio sea inevitable y totalmente ajeno a la voluntad del contribuyente, lo que obviamente no ocurre en el caso de las condonaciones concedidas por el banco a su cliente deudor, las que fueron otorgadas a sabiendas, luego de un análisis detallado de la situación del deudor, y por propia voluntad del acreedor, sin que existiera además apremio alguno que obligara al banco a acceder a las solicitudes presentadas por el cliente deudor.
- 27° Que, en conclusión, las condonaciones efectuadas por el banco a su cliente deudor y contabilizadas por éste como tal, corresponden a cantidades cuya deducción no autoriza el artículo 31 de la ley de la renta... .

cial entre un banco y su deudor, en que se objeta el gasto correspondiente a la parte del crédito que el banco acepta no recuperar. En lo sustancial, este caso es idéntico a muchos otros casos de transacciones judiciales del mismo banco con otros deudores y de varios otros bancos con diversos deudores, respecto de todos los cuales tanto el juez tributario como la corte de apelaciones y la corte suprema fallaron de manera casi idéntica. El ejemplo, entonces, ilustra todo un conjunto de fallos similares e importantes. (Dicho sea de paso, fue interesante notar en esa época la contradicción que resultaba del hecho que, por una parte, el gobierno hacía un llamado a los bancos para que renegociaran con las pequeñas y medianas empresas en dificultades y, por otra parte, el juez tributario y las cortes daban a los mismos bancos el mensaje de que si renegociaban no podrían deducir como gasto las pérdidas correspondientes.)

El razonamiento del juez tributario en el caso está contenido en los considerandos citados y puede sintetizarse como sigue:

1) la ley dice que los gastos son deducibles en la medida que "sean necesarios para producir la renta";
2) "necesario" significa inevitable, totalmente ajeno a la voluntad del contribuyente, consecuencia de apremio;
3) en el caso a juzgar no fue inevitable ni ajeno a la voluntad del banco ni consecuencia de apremios renegociar con el cliente, según se desprende del hecho que el propio cliente ofreció el arreglo y venía sirviendo normalmente su deuda;
4) luego no se trató de un gasto necesario y, por tanto, no es deducible.

Como se ve, el juez dio perfecta cuenta de la verdad del sistema. Pero, como ya sabemos, dar perfecta cuenta de la verdad del sistema poco tiene que ver con juzgar o, ni siquiera, con lo que en términos más generales hace un abogado. Un juicio se constituye en el equilibrio de lo universal *y lo particular*, donde lo particular contribuye a construir, matizar o definir usos del universal. Y si el juicio ha de ser *justo*, la mirada que da el juez sobre el particular en busca de lo que hay en él de universal, tiene que ser una mirada que busque representar la mirada de los demás, una mirada guiada por el sentido de comunidad.

La decisión que comentamos *fue* injusta. Fue injusta, no porque la conclusión haya sido rechazar el gasto, sino porque el trabajo del juez sobre el caso particular para encontrar lo que hay en él de universal fue extremadamente pobre y ajeno a todo sentido de comunidad. El juez no asumió que está juzgando un caso particular y que lo está haciendo en un mundo público, compartido, en que no puede dejar de tomar en cuenta lo que la cultura de su entorno tomaría en cuenta para el caso concreto. En gran medida el juez no miró el caso particular, no juzgó *este* caso que él estaba llamado a juzgar sino que, armado *de antemano* con la definición de "necesario" que da cualquier diccionario –vale decir, armado solamente de la ley, diccionario, regla o principio general– simplemente constató que este era un caso en que esa "necesidad" predefinida no se

daba y, sin más, lo subsumió bajo la regla general de que los gastos que no sean necesarios no son deducibles. En gran medida, aplicó lo que Kant denomina un juicio determinante, mecánica subsunción, válido en ciertos contextos teóricos de la ciencia pero inútil para hacer justicia porque ignora el rol de lo particular.

Atendiendo razonablemente al sentido de comunidad, esto es, a lo que tiene sentido en nuestra comunidad política, económica y empresarial para la búsqueda de lo ejemplar o universal existente en este particular, el juez debió tomar en cuenta al menos las siguientes realidades del negocio:

i) Que los bancos no están para regalar dinero sino para ganarlo, de modo que si optan por realizar una pérdida con un tercero no relacionado, no es por mera liberalidad sino porque lo estiman la mejor decisión de negocios dadas las circunstancias. Es una pérdida que las circunstancias imponen al banco, no alguna suerte de dádiva en que el Fisco no tendría por qué participar.

ii) Que aun cuando un deudor haya servido regularmente su deuda hasta la fecha, pueden existir antecedentes que hagan razonable pensar que dejará de servirla en el futuro.

iii) Que en este caso existían tales antecedentes, como ser la edad del deudor, su situación patrimonial negativa, la incertidumbre de su actividad agrícola y la insuficiente cobertura de la garantía (todos los cuales fueron hechos valer en juicio y no fueron controvertidos).

iv) Que, en determinadas circunstancias, puede ser mejor negocio rescatar con pérdida un crédito otorgado a baja tasa de interés y recolocar los fondos a la mayor tasa vigente.

v) Que la mayor parte de los gastos en que incurren las empresas y cuya deducibilidad ha sido tradicionalmente aceptada no son necesarios en el sentido de "inevitable, totalmente ajeno a la voluntad del contribuyente o consecuencia de apremio". Por ejemplo, no es inevitable ni ajeno a la voluntad que un banco celebre un contrato de trabajo de secretaria con una interesada que se lo ofrez-

ca. Sin embargo, jamás se ha puesto en duda que el sueldo de la secretaria sea un gasto necesario para producir la renta y, por tanto, deducible tributariamente.

vi) Que en el mundo de los negocios no existen algoritmos que garanticen el éxito económico (¡seríamos todos ricos!) sino decisiones prudenciales que conllevan riesgo, de modo que mal puede un tercero (como el juez tributario) afirmar sin más que las decisiones que el contribuyente ha estimado comercialmente necesarias no son tales.

Los primeros cuatro puntos anteriores dicen relación con circunstancias del caso particular, apuntando todos ellos a que la condonación que hizo el banco en su proceso de renegociación no fue un acto privado de desprendimiento al cual no tendría por qué contribuir el Fisco aceptándolo como gasto deducible, sino que fue un gasto racional del negocio que sí debiera aceptar el Fisco como gasto a fin de que el banco tribute sobre utilidades y no sobre ingresos brutos. Los últimos dos buscan para la ley (para el concepto de "necesario") un uso que se ajuste al sentido de la operación según resulta de las particularidades antes referidas. Podríamos continuar la lista, pero los puntos anteriores son ilustración suficiente para nuestros fines.

Al no tomar en cuenta estos y otros aspectos del caso particular y de cómo éste incide en la construcción o comprensión razonable de la regla universal con que se juzgará (por ejemplo, ante este caso, qué uso debiéramos dar a la expresión "necesario para producir la renta"), el juez simplemente no tomó en cuenta la manera en que sería razonable esperar que todos los demás participantes de la cultura política, económica y de negocios de Chile entiendan la renegociación que hizo el banco.

Es importante destacar que nada de esto implica que el juez tenga que llegar sumisamente a la decisión que la comunidad espera. Más bien, cualquiera sea la decisión, el juez debe llegar a ella apoyado en principios y valores que es esperable que la comunidad comparta. Ha de apoyarse en principios y valores compartidos incluso para sustentar los cambios que quiera introducir en la tradición común. Nada impide, en otras palabras, que el juez innove respecto de lo que la comunidad espera,

ya sea desechando como accesorios aspectos tradicionalmente considerados importantes o recogiendo como sustanciales aspectos normalmente considerados de poca o ninguna significación. Pero esa innovación no prescinde de lo que para la comunidad cuenta sino que lo incorpora, aunque en una red diferente de interrelaciones y pesos relativos. El cambio es posible, qué duda cabe, pero se logra desde el interior de nuestras tradiciones. La revolución más radical debe apoyarse en una tradición compartida, ya que de lo contrario no será revolución sino alienación inefectiva. Si el juez ha de ser *justo*, no puede violentar el sentido común, el sentido de comunidad, con una omisión o inclusión no explicada que simplemente ignore nuestra comprensión o prejuicios sedimentados acerca de qué mueve a los hombres a la acción –por ejemplo, qué mueve a un banco a renegociar con un deudor.[84]

Dada la cultura de negocios existente en ese entonces como ahora, alguien podría preguntarse si hubiese sido siquiera *posible* un fallo que rechace este gasto del banco y que pueda sin embargo haberse estimado *justo*. Pues, también los jueces tributarios, tomando las palabras de Kant, son "...cortesanos detrás del acuerdo de todos los demás, pero fortalecidos por un terreno que es común a todos". Luego, un cortesano suficientemente seductor habría podido lograr motivar un fallo que rechace el gasto, de manera que la comunidad vea en la sentencia no un capricho sino una encarnación entendible de principios y valores que compartimos. Pero es estéril especular acerca de lo que no fue. Lo importante como guía para nuestra acción es que una comunidad adversa de antemano a determinada decisión no es necesariamente un impedimento insalvable para que dicha decisión sea después entendida como justa bajo los propios principios y valores de esa comunidad. Es simplemente un desafío para el trabajo de quien juzga.

---

[84] Este ejemplo es ilustrativo de un problema general que afecta a la justicia tributaria en Chile. En pocas palabras, el problema radica en la creciente dificultad que tienen los jueces tributarios y ministros de corte para comprender la naturaleza y sentido de negocios que se tornan día a día más complejos. Esa falta de comprensión trae consigo la incapacidad para encontrar, en el caso concreto que se tiene delante, un principio universal que tenga sentido de comunidad y sobre cuya base juzgar el particular.

5. IMPARCIALIDAD Y COMUNICACION

Dejemos hasta ahí, por ahora, nuestro análisis del *sentido de comunidad* kantiano y comentemos las otras dos claves anunciadas, cuales son la *imparcialidad* y la *comunicación.*

Si la justicia ante el caso particular dependiera de un juicio determinante, de mera subsunción, vale decir de la aplicación de principios o reglas universales a casos particulares que de antemano caen o no caen bajo su hipótesis, la imparcialidad sería innecesaria. Si discrepo con alguien acerca de cuál es la raíz cuadrada de 49, yo no tengo inconvenientes en que el tema sea dilucidado mediante una demostración hecha por mi peor enemigo. Porque, en definitiva, no sería mi enemigo sino la demostración la que hablaría.

Pero sucede que la justicia no concilia lo universal y lo particular en un mero acto mecánico de subsunción, sino que lo hace mediante un trabajo prudencial que a la vez construye el caso particular y sobre él construye a su vez el universal con que se juzgará el caso particular construido. Luego, como ese trabajo prudencial está vertebrado por sendas *decisiones* del juez en cuanto a qué datos, principios y valores son pertinentes; entonces, tanto para configurar el caso particular como para construir el universal con que juzgará dicho particular, ya no es una regla general objetiva la que habla sino que *habla el juez.* La imparcialidad del juez pasa a ser imprescindible.

Es interesante destacar cómo la imparcialidad importa precisamente porque no existe un criterio de diferenciación entre lo justo y lo injusto que escape a la poética, hermenéutica y retórica sobre cuya base el juez puebla su razonamiento de *decisiones.*

La imparcialidad se refiere tanto al actuar del juez como a quién el juez *es* a ojos de la comunidad.

Respecto del actuar del juez, es importante destacar que el requisito del cual estamos hablando es la imparcialidad, no la objetividad. La objetividad requiere que hable el objeto. El sujeto es mero vocero: no interfiere, no distorsiona. La objetividad del juez requiere que hablen la ley y los hechos, no haciendo el juez otra cosa que dar cuenta o informar que el caso queda comprendido bajo dicha regla. Tal era el ideal de juez que se

concibió al término de la revolución francesa, el juez que no es más que una voz que dice la ley. Pero sabemos que las manchas de tinta sobre la hoja de un código nada dicen por sí solas sin la ayuda del lector que las lea y les dé un uso; y la infinidad de circunstancias que constituyen una situación particular son igualmente ininteligibles como acción o hecho humano, sin la ayuda de un observador que seleccione un puñado de ellas y las entrame en una narración de manera que tengan un sentido; y sabemos también que no hay lector u observador cuyo entendimiento de textos y situaciones sea carente de prejuicios, aislado de la influencia cultural de la comunidad a la cual pertenece, sin puntos de vista. No existe el juez objetivo.

Pero sí podemos aspirar a un juez imparcial. Vale decir, aquel que no es *parcial*, que no escucha con especial favor los planteamientos de una de las *partes* en razón de quién la parte es. Y ese no favorecimiento de una de las partes lo logra, no prescindiendo de lo planteado por ella, para resolver desde una postura propia superior, objetiva, al margen de las posturas contrapuestas que chocan, sino, todo lo contrario, escuchando, considerando e incorporando a su proceso deliberativo todas las posturas contrapuestas que chocan.

Kant lo explica como sigue. Ofrece tres máximas del entendimiento, la segunda de las cuales es "pensar desde el punto de vista de todos los demás".[85] Se refiere enseguida a esta máxima como la máxima del *pensamiento ampliado*, el cual se logra "desligándose de las condiciones personales subjetivas de su juicio, que ata la mente de tantos otros, y reflexionando acerca de su propio juicio desde un *punto de vista universal* (que solamente puede determinar colocándose en el punto de vista de los otros)".[86] Como se ve, ese punto de vista universal no se logra desde un punto de vista superior situado en las alturas, sino "colocándose en el punto de vista de los otros". Una carta escrita por Kant en 1770 complementa su idea de la imparcialidad. Dice: "Tú sabes que yo no enfrento las objeciones razonables con el solo ánimo de refutarlas, sino que al pensarlas siempre

[85] Kant, *Crítica del juicio*, § 40.
[86] Kant, *Crítica del juicio*, § 40.

las entretejo con mis juicios, dándoles la oportunidad de revertir mis más queridas creencias. Tengo confianza en que *viendo mis juicios de este modo imparcialmente desde el punto de vista de los otros,* una tercera perspectiva que mejore mi entendimiento anterior se pueda obtener"[87] (énfasis agregado). Hannah Arendt comenta este texto como sigue: "Como ustedes ven, la imparcialidad se obtiene tomando en cuenta los puntos de vista de otros; la imparcialidad no es la consecuencia de un punto de vista más alto que resuelva la disputa manteniéndose por encima de la gresca".[88]

El actuar imparcial, entonces, consiste en hacerse cargo de los planteamientos de todas las partes.

Pero, aun cuando el juez incorpore los planteamientos de todas las partes, lo único que él puede realmente incorporar es *su perspectiva acerca de los planteamientos de todas las partes,* a la luz de su lectura de los hechos, del derecho, de los valores y principios pertinentes, de su entendimiento de lo que las propias partes plantean y todo ponderado conforme al peso que él dará a cada uno de estos elementos. De modo que sigue siendo el juez quien habla y por tanto importa *quién* sea el juez que habla. El juez necesita aparecer, a ojos de la comunidad, sin interés personal en un resultado o en una de las partes. *Que así aparezca es uno de los principios o valores que nuestra comunidad comparte.* Desconocer en el acto de juzgar un principio o valor compartido por la comunidad en la cual y para la cual se juzga, quita a la decisión ese anclaje en el mundo compartido que constituye la justicia de la decisión. Luego, la imparcialidad del juez, tanto en su actuar como en su persona, es parte integrante de lo que constituye una decisión justa.

La tercera clave que habíamos anunciado es la comunicación. Si en la calidad de matemático afirmo que el número 7 es un número primo, en nada se ve afectada la verdad de mi aseve-

[87] Citada en Hannah Arendt, "Kant Lectures", conferencias dictadas en la New York School for Social Research en otoño de 1970. Publicadas en Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy,* The University of Chicago Press, 1982.

[88] Hannah Arendt, "Kant Lectures", conferencias dictadas en la New York School for Social Research en otoño de 1970. Publicadas en Hannah Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy,* The University of Chicago Press, 1982.

ración por el hecho de que yo no me dé la molestia de explicar a terceros cómo llegué a esa conclusión. Al que piense que 7 no es primo, allá él. La afirmación es igualmente verdadera. Existe un vínculo objetivo entre mi afirmación y el concepto (o entre mi afirmación y los hechos, si uno tiene una visión platónica de los números) que valida la primera. En cambio, si en la calidad de tribunal resuelvo que un banco no tiene derecho a deducir tributariamente como gasto la pérdida resultante de una determinada renegociación con un deudor en dificultades, la falta de adecuada publicitación de una argumentación sustentatoria sí afecta la justicia de la resolución. Digo bien: afecta su *justicia.* No es que el tribunal haya llegado a una decisión justa y, *después,* tuvo un pequeño desatino comunicacional, un percance de relaciones públicas. Simplemente no hubo decisión justa. La actividad de juzgar es esencialmente social. Se juzga como miembro de una comunidad sobre la base de un mundo compartido. Se juzga para persuadir a otros de la validez del juicio. Esta persuasión no es posterior al acto de juzgar sino parte de él, puesto que no existe un asidero objetivo en que se pueda apoyar la decisión, apoyándose la validez de ésta precisamente en su potencial consideración de justa por parte de la comunidad.

6. HACER JUSTICIA EN UN MUNDO DE APARIENCIAS

Comenzamos este capítulo buscando un criterio que nos permita distinguir una solución justa de una que no lo es. Pero no cualquier criterio, sino uno que *haga una diferencia en nuestras prácticas* ante cada caso concreto. Como decíamos, buscamos una diferencia entre lo justo y lo injusto *que haga una diferencia.*

Vimos que, ante cualquier caso concreto al que queramos dar una solución justa (o evaluar la que le ha dado otro), no contamos para nuestro pensamiento y acción sino con los tres grandes instrumentos dadores de sentido cuales son la poética, la hermenéutica y la retórica. Luego la diferencia que buscamos ha de ser, ante cada caso, una diferencia entre los discursos poéticos, hermenéuticos y retóricos que configuran una solución justa para el caso y aquellos que no. Pues bien, ¿qué hace diferentes a los discursos poéticos, hermenéuticos y retóri-

cos constitutivos de una solución justa para un caso? ¿Qué caracteriza a la *retórica de la justicia* ante cada caso?

En el camino hacia la respuesta, nos detuvimos en esa característica fundamental del acto de juzgar cuál es el equilibrio entre lo universal y lo particular. Sin lo universal no hay juicio sino capricho. Sin lo particular no hay juicio sino mera mecánica sin sentido, puesto que de lo que se trata en cada caso es de juzgar *ese particular*. Y vimos que es a partir del propio particular (construido poética, hermenéutica y retóricamente) que el que juzga construye (poética, hermenéutica y retóricamente) el universal con que juzgará el mismo particular.

Con esto habíamos avanzado hacia una mejor comprensión de la forma del acto de juzgar, pero aún parecíamos sumidos en un mundo en que *todo vale* con tal de contar con buen aderezo discursivo. Nos seguía faltando el timón, la diferencia que haga una diferencia.

Entonces, anclamos nuestros actos de juzgar al *sentido de comunidad*, vale decir a nuestra percepción de ese mundo compartido que no es sino el mundo de las perspectivas y opiniones que se comparten en la comunidad en que se juzga. Es en ese mundo compartido en el cual necesitamos, ante cada situación que lo requiera, responder a la pregunta *qué hacer*. La respuesta será *justa* si, como dice Kant, "se logra sopesando nuestro juicio [...] con los juicios[...] posibles de otros, colocándonos en la posición de todos los demás". A su vez, el juez puede hacer justa una decisión diferente si logra introducir en la comunidad nuevas perspectivas sobre algunos principios y valores de manera que resulten armonizar con los principios y valores encarnados en la decisión. Como decía Kant, "somos cortesanos detrás del acuerdo de todos los demás, pero fortalecidos por un terreno que es común a todos".

Este anclaje ofrece una diferencia que hace una diferencia. No se trata por cierto de una receta de cocina u otro tipo de algoritmo que, ante cada caso, no exija de nosotros más que el seguimiento mecánico de un manual de instrucciones. Pero, ante el caso concreto, coloca nuestra atención exactamente en lo que debemos hacer y, por consiguiente, en lo que no debemos hacer. Piénselo el lector de la siguiente manera. Si se encuentra ante una situación (de familia, laboral, profesional),

en la cual debe juzgar, el análisis que hemos venido haciendo aconseja y desaconseja lo siguiente:

- Mirar el problema desde todas las perspectivas desde las que razonablemente lo podría mirar la comunidad pertinente, tanto para efectos de nuestro trabajo sobre los datos (poética) como para nuestro trabajo sobre la tradición (hermenéutica). A la inversa, *no* contentarse –como suele ser la tendencia natural– con mirar el problema desde nuestra propia perspectiva como juzgador, por clara, rigurosa, bien fundada o "superior" que la consideremos.
- Hacerse cargo expresamente de todas esas perspectivas, apoyándose en todo momento en principios y valores que entendamos compartidos por la comunidad. Por lo mismo, *no* debemos dejar de incluir en nuestros argumentos lo que a nuestro parecer la comunidad entiende pertinente y valedero, incluso para efectos de tratar de cambiar lo que nuestra comunidad entiende pertinente y valedero. En particular (y para referirme a otra tendencia natural), no es suficiente un raciocinio lineal, lógicamente impecable, a partir de una base que consideramos evidente o comprobada.
- Adaptar retóricamente el discurso a la comunidad a fin de contribuir a la aceptabilidad de la decisión. Los estándares de justicia de la comunidad nacen de sus prácticas. El acto de juzgar es una de las principales prácticas forjadoras de estándares de justicia. En particular, el acto de juzgar contribuye a los estándares con que el propio acto es evaluado por la comunidad.

Por cierto que nada de esto es fácil. Quien tenga más experiencia, probablemente lo hará mejor y quien tenga menos tal vez lo hará peor. Pero quien tenga que juzgar tendrá que hacerlo igual, desde donde se encuentre, con su experiencia, con sus capacidades. La incertidumbre propia de cualquier acción sobre este mundo en nada quita claridad de rumbo a las pautas antedichas. Son estas mismas pautas las que, ante el juicio tributario que analizamos como ejemplo, nos permitieron afirmar de manera entendible y atendible que la decisión fue injusta.

Ahora, el lector podría preguntarse si era *esto* lo que estábamos buscando. Hemos dado, indudablemente, con ciertas pau-

tas de acción. Pero, ¿corresponden ellas a *nuestra idea de lo que es justo* ante un caso concreto? En otras palabras, ante un caso concreto, ¿son lo mismo, por una parte, *nuestra idea de lo que es justo* y, por la otra, *una solución aceptable a la luz de los principios y valores de una comunidad particular*?

La pregunta es a la vez legítima y engañosa. Aclarémosla antes de responder. Es evidente que no podríamos responder la pregunta a menos que dispusiéramos de algún criterio para determinar, ante cada caso concreto, en qué *acción* se traduce lo que llamamos *nuestra idea de lo que es justo.* Sólo con esa herramienta en la mano podríamos decir, ante el caso concreto, "lo que plantea este ensayo ante este caso es tal acción, en cambio nuestra idea de lo justo plantea tal otra acción, de modo que no coinciden" o bien "lo que plantea este ensayo ante este caso es la misma acción que resulta de nuestra idea de lo justo, de modo que coinciden". Ahora, disponer de tal criterio o herramienta implicaría haber hecho una búsqueda similar a la que aquí hemos hecho, sólo que alcanzando al final una respuesta consistente en pautas de acción tal vez diferentes a las nuestras. Pero, entonces, respecto de esas pautas de acción diferentes se podría hacer la misma pregunta: ¿Corresponden ellas, ante un caso concreto, a *nuestra idea de lo justo*? Y estaríamos donde mismo. Lo que pasa es que la pregunta, en realidad, no está buscando comparar unas pautas de acción ante el caso concreto (por ejemplo las nuestras) contra otras pautas de acción de que dispondríamos, sino que está buscando el *sentido* de las pautas de acción que tenemos. La pregunta no es si estas pautas de acción coinciden con otras que conocemos, sino si estas pautas de acción coinciden con lo que queremos.

¿Qué queremos? ¿Para qué nos interesa distinguir entre una solución justa y una injusta para un caso dado?

Como el lector sabe bien, las personas son sensibles a sus percepciones de justicia o injusticia en las relaciones de familia, de pareja, laborales, políticas. Por lo mismo, la visión que los miembros de cualquier comunidad (la familia, la pareja, la oficina, el país) tengan sobre la justicia o injusticia de las decisiones que en su comunidad se toman, tienen consecuencias. Las percepciones de injusticia a menudo generan envidia, daño a la autoestima, rabia, indignación moral, delincuencia, venganzas, vigilantismo privado. No queremos que eso ocurra. Asimis-

mo, las percepciones de justicia tienden a generar satisfacción personal, respeto hacia las normas de convivencia, confianza en los procesos de decisión entregados a terceros, lealtad y compromiso con la comunidad. Queremos que eso ocurra.

En otras palabras, *lo que queremos* es *hacer frente a esas percepciones y a las consecuencias que generan, muy especialmente en términos de cohesión o de desintegración comunitaria.* Supongamos que tengo que tomar una delicada decisión que afecta a un miembro de mi familia. Por lo importante del asunto y dadas las consecuencias ya dichas que tienen las percepciones de justicia o injusticia, es un hecho que lo que yo resuelva contribuirá a forjar, consolidar o debilitar la comunidad familiar. Entonces *lo que quiero,* a modo de ideal a cuyo logro debo encaminar mis esfuerzos como juzgador, es que toda la comunidad –incluyendo el que será juzgado, el que lo acusa, el resto de la familia que observa y, desde luego, yo mismo que soy el que juzga– perciba que la decisión ha sido justa. Para esto no cuento con otras herramientas que la poética, la hermenéutica y la retórica sobre cuya base razonar yo y, por cierto, argumentar ante terceros. Dentro de lo que permite mi experiencia y mis capacidades –ya que, al igual que todo juez, de ellas no puedo escapar– exploraré narraciones alternativas de los hechos buscando la que ilumine y destaque mejor aquello que considero ser lo que en sustancia ha ocurrido. Pero en ese proceso, empleando mi sentido de la familia, de cómo la familia está viendo las cosas, esto es, empleando mi sentido de comunidad, me haré cargo de las formas en que sería esperable que los miembros de mi familia narrarían los hechos. Vale decir, me apoyaré en aspectos (datos, motivaciones, vínculos causales) de ciertas narraciones esperables que comparto y, respecto de aquellas que no comparto, me preocuparé de explicar por qué, si bien lo ocurrido pareciera haber sido tal cosa, en el fondo lo ocurrido ha sido otra cosa. Conjuntamente con las narraciones posibles, exploraré los valores y principios que yo creo estar en juego y que me permiten tanto visualizar 'lo que en sustancia ha ocurrido' –esto es, definir el particular–, como ir configurando la base sobre la cual juzgaré –vale decir, definir el universal que servirá de base al juicio–. Nuevamente, empleando mi sentido de comunidad, me haré cargo de los principios y valores que sería esperable que los miembros de la familia consideren pertinentes. Reforzaré lo que yo –desde mi experiencia y capacidades– estime

aplicable y, respecto de los valores y principios que no considere aplicables, explicaré por qué no son pertinentes al caso o por qué lo son pero con menor peso en comparación con otros. Todo esto lo trataré de expresar de un modo que haga eco en las partes, en los terceros y en mí mismo, para lo cual mi expresión debe apoyarse en haber atentamente escuchado, regla de oro de la retórica.

Pues bien, ¿qué otra cosa podríamos querer, que no sea a la vez escuchar e intervenir este mundo de percepciones que la familia y yo mismo compartimos acerca de lo que es justo en este caso?

¿Qué otra manera hay de escuchar e intervenir ese mundo de percepciones que no sea mediante la poética, la hermenéutica y la retórica, todas ancladas, por el sentido de comunidad, a la comunidad familiar que interesa forjar o consolidar?

Pareciera que las directrices para la acción que hemos gradualmente decantado tienen sentido de justicia en cuanto, ante el caso concreto, lo ejemplificado es lo que queremos que se haga.

Finalmente, es interesante destacar en este ejemplo de justicia familiar (así como sería destacable en cualquier otro), que lo que nos ha importado es escuchar e intervenir un mundo de *percepciones*, esto es, de *apariencias*, las sombras en el fondo de la caverna, mejor aún, las representaciones de esas sombras hechas por los artistas que somos todos los miembros de la comunidad como juzgadores de lo que nos importa.

TEMAS PARA DISCUSION

Escoja alguna decisión tomada en el mundo real respecto de cuya justicia o injusticia usted tenga una postura definida y un compañero de clases tenga igualmente definida la posición contraria.[89]

[89] Por tratarse de un ejercicio que explora la argumentación con que un abogado motiva una decisión o propuesta de decisión que dice ser justa, interesa que se trate de un caso de *decisión* y no de una situación general que se pueda estimar justa o injusta. Es igualmente importante que se trate de un caso real a fin de contar con la riqueza inexplorada de datos y circunstancias de donde el abogado (y el alumno para este ejercicio) extrae el material de su argumentación. Por ejemplo, en estos días en que me encuentro escribiendo (mayo 2004) he podido tra-

Usted y su compañero constituyen una comunidad y cada cual se mira a sí mismo como juez y al otro como el resto de la comunidad. Hagan lo siguiente:

1. Investiguen el tema, cada uno por su cuenta, y reúnanse una media hora a tratar el uno de convencer al otro.
2. Posteriormente, escriba cada uno una página con la argumentación que motiva su postura, como si fuera el juez que toma la decisión.
3. Analicen conjuntamente sus argumentaciones respondiendo a las siguientes preguntas:
   1) Considerando que, como dice Kant, juzgar es concebir lo particular como contenido bajo lo universal, ¿en qué difiere la descripción que hizo uno y otro del particular a ser subsumido? ¿Hay referencia a datos diferentes, a motivaciones diferentes de los agentes, a vínculos causales diferentes entre hechos actuales o potenciales?
   2) ¿En qué difiere lo universal bajo lo cual uno y otro pretende subsumir lo particular? ¿Echan mano de normas, valores o principios diferentes? ¿Dan diferente *peso* a diferentes normas, valores o principios?
   3) Diga cada cual si él considera que fue exitoso como juez y por qué, y si él considera que el otro fue exitoso como juez y por qué.
4. Discutir, *con referencia específica al ejercicio*, acerca de qué es una decisión justa, qué hace la diferencia entre una decisión justa y una que no lo es, qué rol juegan en el carácter de justo de una decisión la poética, la hermenéutica y la retórica.

bajar con mis alumnos ejemplos como el de la madre lesbiana a quien la Corte Suprema quitó la tuición de sus hijas o la decisión de Chile de no discutir con Bolivia temas de soberanía, decisiones respecto de las cuales en este momento existe mucha información y análisis en internet.

CONFLICTO

Conflicto es Justicia
Heráclito

1. ESPACIO PUBLICO

En el capítulo anterior tratamos de la naturaleza de la argumentación excelente, entendiendo por ésta la conducente a decisiones justas o, si se quiere, tratamos de la *argumentación justa.* En este capítulo analizaremos las condiciones de posibilidad de esa argumentación, esto es, analizaremos el entorno sin el cual no hay discurso justo posible.

Como sabemos, el abogado discurre para lograr de otros la acción que resuelve de cierta manera un problema concreto de alguien. Por lo mismo, la argumentación jurídica se da *in publico*, como decía Hugo de San Víctor: en un espacio público. En este capítulo queremos analizar las condiciones ideales que debe cumplir ese espacio público como supuesto trascendental, de tono kantiano tal vez, para que sea posible y operativo el discurso de la justicia, esto es, para que sea posible y operativa una argumentación como la descrita en el capítulo anterior.

Lo anterior pudiera traer a la mente del lector otras situaciones ideales de discurso que han sido postuladas durante el último siglo con finalidades comparables. Yo recurriré al ideal planteado por un pensador más antiguo. El pensador es Heráclito y el ideal al cual aproximarse es el conflicto.

La diferencia sustancial que veo entre unos y otros es que la tendencia de pensadores más recientes ha sido definir un ideal filosófico para la argumentación racional, en tanto que el de Heráclito es un ideal político para la argumentación justa. Los primeros, desde la perspectiva filosófica de intramuros en la

República escindida, han apuntado a contextos ideales de argumentación que incluyen, por ejemplo, claridad de significados, tiempo ilimitado, información ilimitada, ausencia de prejuicios. Heráclito, desde la perspectiva unitaria anterior a la escisión, busca simplemente que el espacio público se abra al conflicto, *tal cual éste se da*, con significados no coincidentes, tiempos limitados, falta de información suficiente, múltiples prejuicios.[90]

Recapitulemos brevemente. Iniciamos el capítulo anterior en busca de una diferencia entre la argumentación que sustenta una decisión justa y aquella que no. Encontramos, primero, que cualquiera sea la decisión que se busque motivar, el que juzga no tiene otra cosa que ofrecer que no sea una narración de los hechos inevitablemente sesgada, un uso de la tradición igualmente intencionado y una presentación cuyo norte es lograr la aceptación de su auditorio. Hasta ahí no se veía prometedora la posibilidad de poder diferenciar una decisión justa de una injusta ya que, tanto la una como la otra, no tenían más credenciales que mostrar que un ejercicio de poética, de hermenéutica y de retórica, a todas luces indistinguibles uno de otro salvo por el ángulo de su sesgo.

Entonces buscamos apoyo en algunas ideas de Kant y de Arendt que ofrecían distinguir razonablemente entre una decisión justa y una injusta. Estas ideas se pueden sintetizar como sigue:

i) "Juzgar, en general, es la facultad de concebir lo particular como contenido bajo lo universal". Pero es diferente el juicio determinante, en que el universal está dado de antemano, y el juicio reflexivo, en que "sólo el particular está dado y el universal debe ser encontrado".
ii) En este último caso, el universal a ser encontrado carece de universalidad objetiva o conceptual, aspirando en cambio a una universalidad subjetiva a ser asida por nuestro sentido de comunidad.

[90] Por cierto que esta es tan sólo una lectura de las escuetas afirmaciones que Heráclito escribió (o que se conservan de lo que escribió), las que se refieren no a la argumentación jurídica sino a la naturaleza del cosmos, pero que tienen una unidad de sentido que hace posible y provechosa una mirada como la que aquí se da.

iii) Dado que esa universalidad subjetiva no puede imponerse a la razón de otros, entonces "somos cortesanos detrás del acuerdo de todos los demás, pero fortalecidos por un terreno que es común a todos".

Sobre la base de estas ideas dimos forma a ciertas directrices para distinguir entre decisiones justas e injustas o, mejor dicho, entre argumentaciones que hacen justa una decisión y argumentaciones que no. Las primeras son aquellas que, apoyándose en las particularidades del caso, despliegan las perspectivas que la comunidad razonablemente comparte y estima pertinentes al mismo.

Pero, si nos detenemos un instante en estas ideas aportadas por Kant y Arendt, vemos que no es realmente nuevo lo que en ellas hemos descubierto. Por una parte, la búsqueda del universal a partir del particular es precisamente lo que hacen la poética y la hermenéutica. La primera mediante la inclusión de algunos datos del caso en una narración, esto es, en una trama comunicable, o sea, entendible por nuestra comunidad, universal por ser entendible o, si se quiere, subjetivamente universal. A su vez, la hermenéutica propone que, a la luz de las particularidades del caso, entendamos aplicable *a modo de universal* un uso especial de la tradición, esto es de las leyes, la jurisprudencia, la doctrina y los valores pertinentes. Y, por otra parte, el sentido de comunidad kantiano no es sino lo que podríamos llamar *la sensibilidad tópica de retórico.* Los tópicos sobre cuya base el retórico apoya su discurso son, precisamente, los principios, valores y percepciones que constituyen ese mundo compartido que el sentido de comunidad busca recoger. Finalmente, atribuir al juzgador carácter de cortesano en busca del acuerdo de todos los demás, no es sino reconocer su carácter de retórico.

En otras palabras, los elementos que identificamos en el pensamiento de Kant y Arendt, que harían justa la decisión que sustentan, no son otra cosa que una poética, una hermenéutica y una retórica que hablan a la comunidad pertinente.

Completado entonces el recorrido del capítulo anterior, podemos describir lo encontrado así: la decisión justa es aquella cuya sustentación poética, hermenéutica y retórica despliega los principios y valores con que la comunidad configura y universa-

liza el caso particular, incluyendo la posibilidad de que la comunidad acepte una configuración y universalización diferente a la que inicialmente tenía pero igualmente basada en su tradición compartida. En definitiva, la decisión justa no es sino aquella que resulta del buen empleo, del empleo *excelente* si se quiere, de esos tres grandes instrumentos de creación de sentido que son la poética, la hermenéutica y la retórica. Pero entonces, nuevamente, un tal empleo excelente del discurso bien pudiera hacerlo una persona para sustentar determinada solución, y otra para sustentar la contraria. Podemos nuevamente decir, como decíamos antes, que no existe la posibilidad de diferenciar entre dos argumentaciones –ahora ambas *excelentes*– ya que, tanto la una como la otra, no tendrán más credenciales a mostrar que un ejercicio de poética, de hermenéutica y de retórica, indistinguibles uno de otro salvo por el ángulo de su sesgo. Y entonces, ¿cuál argumentación primará? Pues, primará la que en el hecho prime. Regresamos en cierta forma a nuestro punto de partida.

Para unos, lo anterior es desilusionante. Piensan que un mundo en que prima la respuesta que prima, esto es, en que *gana el que gana*, es un mundo carente de moral, sin justicia, abierto a ese ejercicio profesional cínico que ha sido objeto de crítica durante milenios. Para otros, en cambio, lo dicho es liberador. Ven que un mundo así es el único que da real cabida a la moral, a la justicia y a un ejercicio profesional valioso, *pero en el entendido que* el espacio público esté abierto al conflicto tal cual se da, esto es, sin amordazar interlocutores, agendas o estilos de confrontación discursiva.

2. ESPACIO POLITICO Y ESPACIO POLICIACO

Decir que ante un problema concreto prima la respuesta que prima –esto es, *gana el que gana*– significa aceptar la "lógica del conflicto", por así llamar a la estructura de fuerzas contrapuestas que resulta de las particularidades del asunto concreto, las circunstancias del lugar y del momento, las habilidades de las partes involucradas. Aceptar la lógica del conflicto es aceptar la victoria, la derrota o el equilibrio de tensiones opuestas que

resulte de cada particular enfrentamiento de opiniones acerca de qué hacer.

Hay quienes rechazan la incertidumbre y falta de orden racional o moral que creen ver en la lógica del conflicto. Es lo que podemos llamar *mirada policíaca* sobre el conflicto, que lo condena como un mal, buscando precalificar las opiniones y controlar de antemano las decisiones mediante una racionalidad ordenadora que *elimine* el conflicto *desde afuera de la revuelta*, esto es, con una respuesta anterior y ajena a las particularidades únicas del asunto, a las circunstancias del lugar y del momento, a las habilidades de las partes; sin victorias ni derrotas ni menos equilibrios impuros de verdades que serían intransables, sino tan sólo mostrando con objetividad de qué lado estuvo siempre la razón.

Y hay, en cambio, quienes ven en la dinámica del conflicto un bien: la mejor respuesta colectiva para ir, paso a paso y caso a caso, resolviendo problemas concretos en lugares concretos en momentos concretos. Es lo que podemos llamar *mirada política* sobre el conflicto.

Lo que decíamos unos párrafos más arriba es que nuestra búsqueda en el capítulo anterior de diferencias entre una solución justa y una injusta nos llevó en definitiva a concluir que no hay diferencia *externa*, o sea, ajena a lo que resulte de nuestras prácticas discursivas y, por lo mismo, lo que opera en el mundo es la lógica del conflicto.

Ante esta afirmación, conviene hacer un breve paréntesis para mirar nuevamente lo que ocurre tanto a nuestro alrededor como en nuestra propia acción. La buena salud filosófica necesita de frecuentes *reality-checks*. Por el momento sólo propondré al lector algunas preguntas para su consideración.[91]

[91] Alguien podría decir que mis preguntas están cargadas. Y, claro, lo están. Mi consuelo es que *nadie* puede formular preguntas no cargadas, de momento que al hacerlas coloca un foco de luz sobre los aspectos del mundo que *él* considera pertinentes, dejando en la oscuridad, esto es sin preguntar, lo que *él* no considera pertinente. La pregunta es posible sólo porque uno ya sabe dónde encontrará la respuesta. (Una consecuencia cotidiana de esto es que en nuestra profesión el asesor de experiencia es especialmente valorado *por las preguntas* que aporta al cliente, a diferencia del menos experimentado que *sólo es capaz de dar respuestas*.)

En cualquier litigio, alguien busca un resultado y su contraparte busca otro. Si existiera una racionalidad ordenadora anterior y superior que resuelve el caso, entonces necesariamente una de las partes (y su abogado) o bien sería ignorante (desconociendo que defiende lo indefendible) o bien actuaría de mala fe (defendiendo a sabiendas lo indefendible).

¿Significa, entonces, que la mitad de los abogados de Chile –o todos ellos la mitad de las veces– son ignorantes o malos? ¿O significa más bien que, no existiendo tal racionalidad ordenadora anterior y superior, *lo que hay* es la lógica del conflicto, esto es, las particularidades y circunstancias del asunto, incluidas unas narraciones más aceptables que otras para el auditorio acerca de qué pasó; unos planteamientos más aceptables que otros para el auditorio acerca de qué vale en este caso, qué pesa más, qué pesa menos; o sea, un legítimo escenario de confrontación, sin punto arquimedeano de apoyo exterior al conflicto, sin partes ni abogados predestinados a resultar sabios o ignorantes, buenos o malos?

Hay abogados que tienen el merecido prestigio de ganar la mayoría de sus litigios. Al lector se le vendrán de seguro unos dos o tres nombres a la mente. ¿Significa esto que ellos siempre han sabido de antemano identificar, y por tanto aceptar defender, sólo las causas amparadas bajo esa racionalidad ordenadora que predestina el resultado del juicio (cosa que, en todos esos casos, sus abogados contendores no habrían tenido la capacidad de percibir de modo que habrían defendido causas erradas)? ¿O bien estos exitosos abogados habrán defendido a lo largo de sus carreras causas ni más ni menos legítimas que las de sus contendores? Si este último fuera el caso, su historial de éxito no dependería de una epifanía previa que, antes de aceptar el caso, les haya revelado la respuesta correcta más allá de las opiniones de los hombres, sino que simplemente sería consecuencia de sus habilidades personales para tomar los materiales del conflicto (datos, leyes, valores, percepciones reinantes en ese lugar y momento, fallas del contendor, lenguaje) y con todo ello dar mayor sentido narrativo, hermenéutico y tópico a la posición que defienden.

Las mismas preguntas anteriores se pueden hacer respecto de los jueces. Si hay voto de minoría, como en el caso del Tri-

bunal Constitucional, o discrepancia entre tribunales de diferente instancia (como en los casos de Shirizawa o de Guillermina Toledo), ¿significa que, existiendo una racionalidad ordenadora anterior y superior que resuelve el caso, algunos de los jueces son simplemente ignorantes por no verla o inmorales por no querer verla? ¿O significa, más bien, que no existe tal racionalidad ordenadora anterior y superior, y *lo que hay* es la lógica del conflicto, esto es, las particularidades y circunstancias del asunto, que incluyen percepciones diferentes para diferentes jueces acerca de qué pasó, qué vale en este caso, qué pesa más, qué pesa menos, qué es aplicable y qué no lo es, cómo presentó cada parte los hechos y el derecho, o sea, un legítimo escenario de confrontación, sin jueces predestinados a resultar buenos o malos, sabios o ignorantes?

Y, por último, ¿cuál es nuestra experiencia personal con discusiones acerca de *qué hacer* en otros contextos como la universidad, el lugar de trabajo, la familia? ¿Alguien trae, desde fuera del ámbito de nuestras meras opiniones, una verdad irrebatible acerca de, digamos, la mejor educación para los niños, con lo cual el conflicto se elimina al quedar en evidencia que no era sino un espejismo resultante de la ignorancia o la mala fe? ¿O bien reina esa lógica del conflicto en que la decisión se va construyendo por quienes tienen mayor habilidad para dar sentido narrativo y tópico a alguna opción, sin tener ellos para la tarea punto de apoyo otro que los materiales del conflicto (datos, valores, historia compartida de quienes debaten, lo dicho en el mismo debate por uno u otro, etc.)?

Dejemos hasta ahí este breve chequeo del entorno, y avancemos algo más en nuestro tema.

Desde la perspectiva de una racionalidad ordenadora anterior y superior a cualquier conflicto particular, la dinámica propia del conflicto (esto es, el despliegue natural de su "lógica") sería algo malo, dañino, indeseable. Esto no sólo porque el conflicto sería artificial, falso, expresión de la ignorancia o de la mala fe, sino muy especialmente porque, una vez que se disipe el humo, pudiera resultar una decisión colectiva *errada*. Ganó el que ganó, pero ese no debió ganar. Desde esa perspectiva aparece como deseable una institucionalidad que sea reflejo de esa racionalidad ordenadora anterior y superior; una institucionali-

dad que de antemano elimine el conflicto o al menos controle sus manifestaciones (porque siempre existirían los ignorantes y los malos). Esa eliminación o control se ha buscado normalmente predefiniendo *qué es admisible como objeto de conflicto, conforme a qué reglas se ha de resolver* y *quién es aceptable como parte del conflicto.*[92] Podríamos decir que la tríada básica de instrumental policiaco está dada por el control de *qué se discute, cómo se discute* y *quién discute*; el control de la agenda, el proceso y las partes.[93] Cualquiera de las tres que se descuide y el caos entrará por esa grieta desatendida, produciendo respuestas colectivas imprevistas a la pregunta sobre qué hacer. Si se descuida la agenda, se puede terminar inesperadamente debatiendo la legitimidad institucional del país y no lo que dice el artículo 11 transitorio de la Constitución. Si se descuida el proceso, se puede terminar sorpresivamente motivando una decisión con un cuento acerca de las circunstancias de la acusada y no con una inferencia limpia a partir de textos legales y datos. Si se descuidan los participantes, pueden conducir la decisión quienes no debieron haber tenido voz.

En cambio, desde la perspectiva de la lógica del conflicto, el conflicto es algo bueno, beneficioso, deseable. En efecto, no existiendo desde esta perspectiva una racionalidad anterior y superior que ordene nuestras vidas, *el conflicto es el lugar de encuentro productivo de lo único que hay, a saber, las múltiples y diversas perspectivas existentes en nuestra comunidad* acerca de *qué hacer* frente a un problema concreto que nos importa. En ese lugar de encuentro se define, *en los hechos* y conforme a la lógica de cada conflicto, cuál es el objeto del diferendo, cuáles son los medios discursivos con que se resuelve y quiénes son las partes. Y, más importante aún, lo que ocurra en ese lugar de encuentro no sólo da una solución al problema del momento, sino que *define*

[92] Un ejemplo cercano de control de quién puede ser parte en un conflicto es nuestro sistema binominal que deja sin representación parlamentaria a grupos que por tamaño podrían tenerla. Este sistema ha sido defendido precisamente sobre la base de sus méritos ordenadores, estabilizadores, esto es, domesticadores del conflicto.

[93] Hay un análisis de esta tríada en *Disagreement*, de Jacques Ranciere, University of Minnesota Press, 1999.

y redefine, caso a caso, la comunidad que somos, así como cada discusión en el seno de una familia define y redefine lo que esa familia es.

Retomando algunos ejemplos ya comentados, la racionalidad exterior y ordenadora diría que el objeto del conflicto está predefinido y consiste en determinar lo que dice tal o cual ley, por ejemplo, el artículo 11 transitorio de la Constitución, el artículo 390 del Código Penal, la norma sobre no mentir de la familia del abuelo, las disposiciones procesales sobre cosa juzgada. La lógica del conflicto, en cambio, diría que *está en juego lo que en cada caso resulte estar en juego.* Y así pudimos constatarlo en los ejemplos que analizamos en su oportunidad. Lo que resultó estar en juego en esos casos no fue lo que se pudiera haber entendido como objeto predefinido de potenciales conflictos (normalmente, lo que la ley dice o lo que el legislador quiso decir), sino que fue la legitimidad de la futura institucionalidad de Chile, evitar condenar a muerte a una niña engañada, la autoestima de una nieta, el peligroso precedente de las reajustabilidades.

Así también, la racionalidad exterior diría que el conflicto ha de resolverse conforme a ciertas reglas discursivas preestablecidas, por ejemplo, escoger como premisas "lo que dicen" los textos legales conforme a sus palabras, su gramática, su coherencia con otros textos, su propósito expresado en actas parlamentarias; "lo que son" los hechos; para enseguida demostrar a partir de esas premisas la inevitable conclusión. La lógica del conflicto, en cambio, diría que *los caminos discursivos de solución son los que en cada caso resulten ser los caminos discursivos de solución.* Y así, en nuestros ejemplos, los caminos discursivos que resultaron ser aplicados incluyeron discursos sobre valores políticos, narraciones cargadas sobre la vida de la acusada, consideraciones sicológicas o lingüísticas acerca de lo que hace una niñita que pregunta cómo se ve, especulaciones acerca de la economía nacional.

Y, por último, más allá del problema concreto de cada ocasión, la racionalidad exterior pretende predefinir la comunidad que somos al predefinir qué conflictos han de enfrentar quiénes y cómo. En cambio, la lógica del conflicto diría que *somos la comunidad que resultemos ser* según cómo vayamos en-

frentando nuestros conflictos. Por ejemplo, se podría decir que a comienzos de los años ochenta esa racionalidad exterior habría pretendido predefinir que éramos una comunidad en que la democracia valía menos que una cierta visión de orden para el país, lo que hacía posible sujetarse a un dilatado calendario para la recuperación de ciertas instituciones democráticas. Sin embargo, cuando en 1985 el Tribunal Constitucional enfrentó el conflicto en torno al tribunal calificador de elecciones, contribuyó a redefinir nuestra comunidad como una para la cual la legitimidad democrática de ciertos actos importaba más que esa visión de orden cristalizada en el calendario constitucional de transición.

En síntesis, una racionalidad exterior y ordenadora aspira a reducir las diferencias de opinión ante el caso, pasándolas por el cedazo de la universalidad institucional que predefine qué puede ser objeto de conflicto, qué constituye racionalidad argumentativa para resolverlo y quién puede involucrarse en el mismo. En cambio, la lógica del conflicto es la lógica del encuentro creativo y productivo de las diferencias, abierta a toda reivindicación, a todo discurso y a toda parte que se pretenda tal. La primera busca que el conflicto no afecte la definición preexistente de comunidad: hay una visión previa de sociedad ideal y persona virtuosa que no ha de ser tocada. La segunda reconoce que la comunidad se redefine en cada conflicto: no hay más visión que la de ir corrigiendo, caso a caso, los males concretos del lugar y momento. La primera es la racionalidad de la política *de los filósofos*, del Filósofo Rey, de la República después de las expulsiones, policíaca en su búsqueda de previsibilidad y orden, sin excepciones ni corrupciones de los fines y medios ya predefinidos. La última es la racionalidad de la política *de los políticos*, de los expulsados de la República, imprevisible en sus resultados ante la situación concreta, abierta a todas las excepciones y corrupciones de medios y fines que exija el caso particular.

Sabemos que el discurso de la justicia es aquel que a la vez se nutre de y transforma el sentido de comunidad. Para ser posible y operativo, o sea, para tener acceso a escuchar y a intervenir el sentido de comunidad, el discurso de la justicia debe actuar en un espacio público cuyas condiciones ideales,

como supuesto trascendental, son las condiciones del espacio político.[94]

Pero Heráclito va aun más allá.

3. LA JUSTICIA

"Conflicto es justicia". Lo interesante de esta cita de Heráclito es que *identifica* el conflicto con la justicia. No es que el conflicto haga posible que la justicia entre más tarde en acción, ni mucho menos que el conflicto *sea un mal* que hace posible que la justicia entre más tarde en acción. Dice que el conflicto y la justicia son lo mismo.

Es cierto que Heráclito era un provocador, en polémica con el pensamiento moral del *establishment* de su época representado por Homero y Hesíodo, quienes oponían el conflicto a la justicia.[95]

---

[94] En una curiosa muestra de lo que ha sido la internalización generalizada de un símbolo del mal, *todos* los años mis alumnos esgrimen lo ocurrido en Alemania nazi como ejemplo del problema que resulta de no imponer ciertas reglas a la argumentación en lugar de dejarla entregada a las libertades de la poética, la hermenéutica y la retórica. Esto último –dicen ellos– es lo que permitió se llegara a decisiones inaceptables basadas en prejuicios, deseos de gloria y otras formas de sinrazón. Mi respuesta es que el problema a que ellos apuntan no es un problema *lógico* de la argumentación sino un problema *político* del espacio público en que se da esa argumentación. La diferencia entre Alemania nazi y nosotros no es que nosotros los chilenos del 2004, libres de nuestro origen terreno, seamos capaces de argumentar sin prejuicios, sin deseos de gloria, sin frustraciones, conscientes o inconscientes. La diferencia es que en el espacio público en que nosotros argumentamos desde nuestros inevitables prejuicios y pasiones, son muchos más quienes pueden ser parte de la argumentación, son muchas más las agendas aceptadas y son muchos más los estilos discursivos permitidos. La diferencia no está en las reglas de inferencia que en cada caso se aceptan como correctas. La diferencia está en que, cualquiera sean esas reglas, en un caso no hay más argumentación que la posible en un estado policial, en tanto que en el otro caso la argumentación se enriquece con el encuentro de diferencias que hace posible un estado político.

[95] En *La Ilíada*, por ejemplo, dice Aquiles: "¡Así, de entre los dioses y los hombres el conflicto pereciera!" (Canto 18; 107). Así también, en *Los Trabajos y los Días*, Hesíodo comienza diciendo que "... no hay un solo tipo de conflicto, después de todo, sino dos...". Uno favorece la guerra, es el enfrentamiento de posiciones contrarias, detestable aunque existe por voluntad de los dioses. El otro es lo que llamaríamos hoy la libre competencia, el impulso a trabajar más que el vecino para ser más rico. "Este tipo de conflicto hace bien a los hombres", dice Hesíodo. (En esta parte de la obra Hesíodo está tratando de convencer a su hermano, a quien se dirige, que deje de holgazanear.)

Pero, para ser efectiva como instrumento de exploración, aprendizaje y enseñanza, la provocación necesita no sólo sorprender sino tener sentido. Exploremos lo que puede ser para nosotros un sentido del pensamiento detrás de este fragmento.[96]

A menos que alguno crea tener un acceso operativo a la solución que daría Dios para cada problema concreto que enfrentamos en la familia, en la política, en la profesión; *lo que hay* es su opinión y las opiniones de otros respecto de qué hacer ante el problema concreto que se tiene delante. Como decía Protágoras, un gran representante de la cultura retórica de Occidente: "Pues unos hombres son más sabios que otros, sin que ninguno tenga opiniones falsas".[97] O en palabras de él mismo que realzan lo que siguiendo a Kant hemos denominado *sentido común*: "Sobre lo justo y lo injusto, lo santo y lo no santo, estoy dispuesto a sostener con toda firmeza que, por naturaleza, no hay nada que lo sea esencialmente, sino que es el parecer de la colectividad el que se hace verdadero cuando se formula y todo el tiempo que dura ese parecer".[98] Y en palabras suyas que el lector de seguro conoce: "... el hombre es la medida de todas las cosas".[99]

Pues bien, si *lo que hay* no es sino diferencias de opinión acerca de qué hacer ante el problema concreto que enfrenta la comunidad en un lugar y momento, entonces *lo más elevado a lo cual podemos aspirar* es al encuentro de esas diferencias en el terreno del discurso operativo. El conflicto es ese lugar de encuentro. En otras palabras, *lo más elevado a lo cual podemos aspirar es al conflicto.* La más excelsa solución que podemos esperar para nuestras diferencias es la que decante del libre despliegue del conflicto y no la que se imponga a espaldas de un conflicto cuya agenda, racionalidad o participantes han sido amordazados. Pero sucede que la más excelsa solución que podemos esperar para nuestras diferencias es, precisamente, lo que

[96] El pensamiento conocido de Heráclito es fragmentario. Y parece que lo es, no por pérdida o deterioro de los textos antiguos, sino por opción. Lo que dice se expresa muy bien en frases breves e incisivas.

[97] Protágoras, *Fragmentos y testimonios,* Aguilar Argentina S.A., 1977.

[98] Protágoras, *Fragmentos y testimonios,* Aguilar Argentina S.A., 1977.

[99] Protágoras, *Fragmentos y testimonios,* Aguilar Argentina S.A., 1977.

llamamos una solución *justa*. Cobra así un sentido el fragmento de Heráclito: conflicto es justicia.

En realidad, no hay tanto nuevo bajo el sol. Podemos reformular lo dicho en términos de un tópico tradicional que, de hecho, siempre hemos asociado con la esencia de lo que entendemos por justicia. Digámoslo así: lo más elevado a lo cual podemos aspirar para resolver nuestras diferencias es, precisamente, *escuchar a la otra parte*, sin condena o censura previa por no gustarnos su agenda, su modo de debatirla o el mero hecho que pretenda erguirse como parte. Aforismo este último válido también en ese fuero interno que hemos visto no ser sino un foro interno: escuchar al otro *que hay en uno*, sin condena o censura previa por no gustarnos la agenda que ese otro hace aflorar, su acercamiento a la misma o simplemente que haya osado erguirse como parte *de uno*. Esa aspiración tradicional y esencial de la justicia, cual es que las partes sean escuchadas, no es sino una particular formulación de la aspiración al conflicto, al encuentro abierto de las diferencias.

Miremos el asunto desde el ángulo opuesto. Por experiencia personal el lector sabe que si no hay conflicto en una sociedad o persona, no es que no haya diferencias generadoras de tensiones contrapuestas. Es que a dichas diferencias se les ha negado un lugar de expresión y encuentro, esto es, *se les ha negado el conflicto*. Pero negar a alguien la posibilidad de conflicto –sea porque lo que él considera conflictivo no es reconocido como tal, o porque él no se atiene en su argumentación a ciertas reglas, o porque él no es quien para estar creando problemas– es la esencia de lo que consideramos *injusticia*: se resuelve colectivamente en su contra sin que él sea escuchado, tal vez ni siquiera *visto*. La ausencia de conflicto es indudablemente injusticia.

Platón no vio así las cosas. En la visión paralela del estado y del alma que presenta en *La República*, él aspira a la eliminación del conflicto en ambos mediante la estratificación racional de las clases, cada una dedicada a cumplir su rol (social o psíquico), dando así lugar a una armonía funcional que constituye la justicia de la polis o del alma. Para Heráclito, en cambio, la armonía estaba precisamente en el conflicto. Una postura más sutil, menos evidente. Al respecto decía: "La armonía oculta es mejor que

la obvia".[100] Y agregaba que "De los tonos diferentes fluye la mayor armonía, y todas las cosas pasan por el conflicto".[101]

El hecho es que en cualquier comunidad hay intereses contrapuestos, historias de vida diferentes, imaginaciones que redescriben diferentemente la realidad. Más aún, como se aprecia a diario en la prensa, en las sociedades modernas reina ante cada problema un verdadero caos de opiniones y posturas morales diferentes. Quien tenga una inclinación totalitaria o fanática, no se acomoda bien a este desorden y diversidad, y desearía que *la totalidad* del espacio discursivo fuese ocupada por *la pureza* de una sola postura revelada, racional u otra.[102] Ante la pregunta, "¿qué es lo justo aquí y ahora?", su respuesta sería "lo que diga tal iglesia" o, tal vez, "lo que resuelva el mercado", o bien, "lo que se deduzca de tales premisas indiscutibles conforme a tales reglas de inferencia". Una respuesta diferente darían quienes aspiran a la armonía oculta a que apunta Heráclito. Responderían, "lo justo aquí y ahora es lo que resulte del conflicto", esto es, lo que resulte del encuentro de nuestras diferencias.

4. ABOGACIA: EL LEGADO DE GORGIAS

Lo que hay es el conflicto. Miremos a nuestro alrededor y lo que veremos son enfrentamientos de opiniones llevados a su término por la poética, hermenéutica y retórica de los participantes, llámense éstos litigantes, asesores o jueces. No veremos, en cambio, intervenciones iluminadas desde el más-allá-de-las-opiniones, esto es, intervenciones no contaminadas por esa materia sublunar del conflicto que son las narraciones, valores, discursos, habilidades y circunstancias del lugar y momento.

Pero, además, *a lo que aspiramos* es al conflicto. Vale decir, aspiramos a que las diferencias se encuentren, que algunas pos-

[100] Fragmento LXXX.

[101] Fragmento LXXV.

[102] Un tema interesante es la pretensión totalitaria que en más de un lugar (incluyendo Chile) en estos últimos años ha tenido *el consenso* como residuo de lo que alguna vez resultó de la dinámica del conflicto, pero al que después se siguió recurriendo como respuesta cosificada para silenciar nuevos conflictos.

turas se fortalezcan, otras desaparezcan, muchas se transformen, todo sobre el terreno de lo que hay, vale decir, de la poética, hermenéutica y retórica; que ninguna diferencia se silencie por no agradar el tema, el estilo o el vocero.

Pero, ¿a qué conflicto aspiramos? Recordemos que la manera en que se desarrolla cada conflicto define y redefine, para bien o para mal, oportunidad tras oportunidad, *quiénes somos* como comunidad o como persona. De seguro el lector recordará malos y buenos enfrentamientos. Hay conflictos chatos, nada nos dejan, escaramuzas tontas o mezquinas que uno desearía no haber presenciado. Son conflictos que empobrecen, enferman o debilitan la comunidad en que se dan (pareja, familia, oficina, partido, país). Y hay conflictos valiosos que producen redescripciones de la realidad, iluminando lo que antes nos resultaba oscuro; que reformulan nuestra tradición dando vida a principios y valores desde un ángulo que no habíamos imaginado; que amplían las posibilidades del lenguaje con distinciones, expresiones e incluso vocabulario nuevo que a futuro nos ayudarán a enfrentar nuevos problemas. Son conflictos que enriquecen, desarrollan y fortalecen la comunidad en que se dan.

Pues bien, el abogado –litigante, asesor o juez– es un profesional del conflicto, esto es, un profesional del encuentro, expresión y enfrentamiento de nuestras diferencias. Como tal, de él se espera que contribuya a que nuestros conflictos sean de aquellos a los cuales aspiramos. El buen abogado, caso a caso, defendiendo lo que estime adecuado defender aquí y ahora, cualquiera sea la decisión final del asunto, enriquece la realidad, la tradición y el lenguaje compartidos, forjando o consolidando comunidad a la vez que dejándole nuevas redescripciones del entorno, nuevos ángulos desde los cuales dar vida a la tradición, nuevas formas de expresión, ampliando así el horizonte desde el cual la colectividad se comprende a sí misma y actúa.

Desde esta perspectiva, no es que el abogado sea un administrador –por no decir, como algunos dirían, un *promotor*– de ese mal social que sería el conflicto. Por el contrario, es un profesional que conduce ese *bien* social que es el conflicto de manera que la comunidad no se debilite o quiebre sino que se fortalezca y desarrolle. Al menos si hace bien su trabajo. No fue *un mal* social sino *un bien* social que el abogado defensor

de la familia Shirizawa así como el juez de primera instancia hayan argumentado a favor de un derecho a reajuste de la renta indemnizatoria que, en definitiva, no fue aceptado ni por la Corte de Apelaciones ni por la Corte Suprema. Y tampoco es un mal social sino un bien social que el abogado defensor de Ferrocarriles del Estado y las cortes que confirmaron su criterio hayan argumentado en contra de un derecho a reajuste de la renta indemnizatoria y se hayan preguntado (en sus escritos el abogado de la empresa y *en off* los ministros) acerca de los efectos económicos de aceptar reajustabilidades no expresamente autorizadas por ley. *Todos* estos planteamientos constituyeron precisamente el encuentro de nuestras diferencias acerca de cómo describir y valorar la realidad (esto es, qué es un reajuste y a quién favorece, perjudica o equipara) y contribuyeron a un debate más amplio en otros foros que a su vez, con el tiempo, condujo a una nueva visión comunitaria acerca de *qué hacer* ante el impacto de la inflación sobre las obligaciones entre particulares.

Finalizaré el capítulo con un diálogo inspirado en algunos extractos de un diálogo que Platón relata haber ocurrido entre Sócrates y Gorgias. En lugar de Gorgias, hablará un abogado.[103] Haga de cuenta el lector que se le ha aparecido Sócrates y comienza el siguiente diálogo:

SOC. Quiero escuchar de ti cuál es la naturaleza de tu arte.

ABOGADO. Es el arte de la persuasión en las cortes de justicia y en otras asambleas... acerca de lo justo y de lo injusto.[104]

SOC. Es lo que sospechaba. Pero déjame hacerte otra pregunta: ¿Es lo mismo haber aprendido que haber creído algo?

ABOGADO. A mi entender, Sócrates, no es lo mismo.

SOC. Y, sin embargo, ¿tanto quienes han aprendido como quienes han creído han sido persuadidos?

[103] Gorgias era un retórico que llegó a Atenas como miembro de la embajada de su ciudad natal en Sicilia, ocasión en que Sócrates lo habría visitado para discutir acerca de la naturaleza de la profesión de aquél.

[104] Gorgias 454.

ABOGADO. Así es.

SOC. ¿Podemos entonces entender que hay dos tipos de persuasión, una que es fuente de creencia sin conocimiento, y la otra es fuente de conocimiento?

ABOGADO. Desde luego.

SOC. ¿Y cuál tipo de persuasión produce el abogado en las cortes de justicia y otras asambleas acerca de lo justo y de lo injusto, la que genera creencia sin conocimiento o la que da conocimiento?

ABOGADO. Claramente, Sócrates, la que genera sólo creencia.

SOC. Luego, ¿el abogado, según parece, es el artífice de una persuasión que produce creencias acerca de lo justo y de lo injusto, pero no da instrucción acerca de todo ello?

ABOGADO. Cierto.

SOC. De modo que el abogado no necesita saber la verdad acerca de lo justo y de lo injusto, lo honorable y lo bajo, lo bueno y lo malo; sólo necesita alguna manera de persuadir a los ignorantes en estas materias (porque mal podría persuadir a los que saben).

ABOGADO. Lo que pasa, Sócrates, es que respecto de lo justo y de lo injusto no hay conocimiento o ignorancia, conocedores o ignorantes. Más bien, como decía Protágoras: "Sobre lo justo y lo injusto, lo santo y lo no santo, estoy dispuesto a sostener con toda firmeza que, por naturaleza, no hay nada que lo sea esencialmente, sino que es el parecer de la colectividad el que se hace verdadero cuando se formula y todo el tiempo que dura ese parecer".[105] Por ejemplo, habrás observado que en Chile, a fines del siglo veinte, no había ni conocedores ni ignorantes acerca de la justicia de reajustar las rentas vitalicias que Ferrocarriles del Estado adeudaba a la familia Shirizawa. Había simplemente opiniones y creencias; había una comunidad haciendo frente a diferencias

[105] Protágoras, *Fragmentos y testimonios*, Aguilar Argentina S. A., 1977.

que antes no había enfrentado. Los abogados de las partes, así como los tribunales que tomaron una y otra postura, buscaron hacer persuasivos sus planteamientos y, en el camino, ofrecieron a la comunidad lo que pudieron en cuanto a herramientas y perspectivas para lidiar con el problema: descripciones de lo que es o no es un reajuste, de lo que pudieran ser sus consecuencias, de lo que era bueno o malo para una y otra parte. Y, por cierto, las instancias de diálogo fueron seguidas de instancias de decisión, ya que una sociedad no puede esperar décadas o siglos de decantación (que todavía sería irremediablemente provisoria) para zanjar diferencias entre sus miembros. Entonces, Sócrates, la justicia de la decisión no radica en el reconocimiento de un dato preexistente respecto del cual alguien pudiera tener "conocimiento" en lugar de creencias, sino que consiste en el proceso mismo, en haberse realmente escuchado a todas las partes, en haberse hecho productivo el encuentro de las diferencias al reformularlas en un lenguaje que nos permite invitar a los demás a compartir nuestra opinión sobre la realidad circundante y sobre nuestra tradición desde una nueva o antigua perspectiva, de manera armónica con lo que la comunidad es. Cuando yo, en el ejercicio de mi profesión, persuado a otros en las cortes de justicia y en otras asambleas, acerca de lo justo y de lo injusto, no pretendo instruirlos sobre algo dado que no existe, sino que busco invitarlos a replantear nuestra comunidad de manera que responda a las nuevas diferencias.

SOC. Te concedo que durante estos dos mil quinientos años ustedes hayan perdido la capacidad de discernir, con anterioridad e independencia de todo proceso de deliberación y decisión, una solución que pueda denominarse justa o injusta. Bajo esa hipótesis, supongamos entonces que, como en el fondo tú me dices, la justicia que arroja el proceso no es sino la justicia que el proceso crea. Pero, déjame seguir con tu ejemplo y seamos sinceros: ¿El abogado de Ferrocarriles del Estado estaba persuadiendo a la corte acerca del interés de la comunidad –que tú destacas con tan inspirador discurso– o acerca del interés de su cliente?

ABOGADO.[106] Acerca del interés de su cliente.

SOC. ¿Y es bueno para la comunidad lo que al cliente interesa?

ABOGADO. De momento en que el abogado persuade a las cortes u otras asambleas a quienes la comunidad ha aceptado encargar directa o indirectamente la formulación de sus aspiraciones y decisiones, el interés de su cliente pasa a ser el interés de la comunidad. La sola existencia de dicha decisión comunitaria, debatida y formulada a través de sus órganos de decisión, muestra que esa decisión se vio también como buena para la comunidad.

SOC. Pero, tal vez una cosa es que hayas persuadido de algo a los órganos decisorios de la comunidad y otra cosa es que eso sea lo bueno para la comunidad. ¿Sostendrías tú que lo que alguien cegado por su ignorancia o sus deseos considera su interés es bueno para él?

ABOGADO. No lo sostendría.

SOC. Entonces tienes que demostrarme que el cliente no está cegado por sus deseos o la corte por su ignorancia. De lo contrario no habrá motivo para felicitarse si has logrado algo que no es bueno sino malo, a saber, que bajo el yugo del deseo o la ignorancia, el cliente obtenga o la corte resuelva lo que creen ser respectivamente su interés o el de la comunidad. Supongo que con frecuencia lo que tus clientes buscan es que satisfagas sus deseos para lo cual sesgarás tus planteamientos ante la corte contribuyendo poco –por decir lo menos– a disipar la ignorancia de ésta sobre el asunto.

ABOGADO. Estamos lejos, Sócrates. Tú sueñas con ideales de sociedad y con modelos de virtud individual que, según dices, ni las cortes ni mis clientes debieran descuidar. Yo, en cambio, he visto dos mil quinientos años de abusos y crueldad en nombre de esos ideales y modelos, y sueño entonces con la tarea más terrena de ayudar a resolver, día a día, caso a

[106] En esta etapa (a contar de Gorgias 461), Gorgias se retira del debate y es reemplazado en el nuevo tema por Polus, un discípulo de aquél. Nosotros mantendremos a nuestro abogado.

caso, las diferencias acerca de qué hacer ante cada desafío concreto. Tú aspiras a una técnica social que acabe con el conflicto, a ser impuesta por la razón de los que saben; yo nunca he visto a los que saben. Aspiro entonces al encuentro de todas las diferencias, las nacidas del interés mezquino, del deseo no domesticado, del prejuicio. Los abogados de unos y de otros rescatarán, reconstruirán y expresarán el sentido comunitario del interés particular que defienden. Cual arquitecto, yo no condeno los materiales con que trabajo. Construyo con prejuicios, relatos sesgados y tradiciones infundadas, un marco de acuerdo que dé solución y sentido a nuestros desacuerdos.

TEMAS PARA DISCUSION

Deseamos que las argumentaciones que motivan o constituyen la justicia de una decisión sean de la mayor excelencia. Como es obvio, hay contextos discursivos que facilitan la excelencia argumentativa y otros que la dificultan.

Suponga que en su familia se genera un conflicto que requiere de decisión y usted es llamado por todos a escuchar y resolver.[107] Hay posturas marcadas, fuertes y contrapuestas de los más diversos, queridos y respetados miembros de la familia: unos muy viejos, otros muy jóvenes; unos viven lejos y vienen de visita esporádicamente, otros constituyen el núcleo en torno al cual se cohesiona día a día la familia; unos son universitarios, otros de educación modesta e incompleta; unos tienen un discurso claro, otros extremadamente confusos; unos tienen fuertes simpatías y antipatías respecto de otros miembros de la

[107] Escoja cualquier asunto que le parezca pudiera generar posturas contrapuestas y apasionadas dentro de una familia. Por ejemplo, i) una joven de diecinueve años de edad tiene problemas de consumo de marihuana, comportamiento agresivo, aislamiento; ii) una joven madre ha resuelto, por principios religiosos, no vacunar a su hijito contra enfermedad alguna; iii) se ha descubierto la existencia de un amorío entre un tío de cuarenta y cinco años de edad y una sobrina de dieciocho. En todos los casos hay algunos que proponen medidas drásticas y otros que insisten en caminos más conciliadores con la libertad de los involucrados.

familia, incluyendo a los involucrados en el problema, otros poco involucramiento personal. Usted los reúne un fin de semana en una casa de campo a fin de escuchar y resolver antes de que termine el domingo.

Los demás le dan el derecho de definir las características que tendrá la reunión a fin de que resulte de ella la decisión más justa.

Sobre la base del ejemplo y desde la perspectiva de facilitar la justicia de la decisión, evalúe una a una las siguientes características que usted podría imponer al espacio discursivo que se producirá en la casa de campo el fin de semana:

1) Sólo se permitirá emplear lenguaje de significado unívoco y conceptualmente claro.
2) Sólo se permitirá argumentar al que no tenga prejuicios. (O, para quien considere que en la vida real se trata de *acercarse* a situaciones ideales del discurso, sólo se permitirá argumentar a los que tengan menos prejuicios.)
3) Sólo se permite argumentar mediante cadenas inferenciales lógicamente válidas partiendo de premisas fundadas.
4) Sólo se permite argumentar a quien tenga información completa acerca del caso. (O, para quien considere que en la vida real se trata de *acercarse* a situaciones ideales del discurso, sólo se permitirá argumentar a los que tengan más información sobre el caso.)
5) Sólo se permite participar al que esté dispuesto o abierto a cambiar su postura.
6) Sólo se permite argumentar acerca del problema que ha sido de antemano definido para tomar una de dos decisiones que han sido de antemano definidas.

El capítulo recién finalizado plantea que las exigencias antedichas son mordazas que un espacio policíaco impone a la agenda, al estilo o a las partes. Comente.

Comente, ahora, las siguientes tres reglas que este capítulo propone como bases de un espacio político.

- Se permitirá participar a todo miembro de la familia que quiera ser escuchado sobre el problema.
- Se permitirá a cada cual argumentar en el estilo y de la manera que mejor le acomode para hacer su planteamiento.

- Se permitirá que los participantes redefinan el problema y las decisiones en juego.

Por último, si optara usted por las reglas de un espacio político, ¿cómo haría frente a los riesgos de un encuentro caótico?, ¿cómo institucionalizaría el proceso sin caer en lo policíaco?

HUMANIDADES

El hombre bueno hablando bien
Quintiliano

1. LA MARCA DE LA VIDA ACTIVA

Inicié este ensayo preguntando *qué hace* el abogado. Concluiré el ensayo describiendo *quién es* ese abogado que hace lo que hemos visto se debe hacer.

Veíamos al comienzo del estudio que, sea como litigante, asesor o miembro de un tribunal, en el centro de la actividad del abogado está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Su vida profesional cae de lleno en la *vida activa* que refería Hugo de San Víctor, esto es, la vida que transcurre en la acción, en público, para atender la necesidad del prójimo. En la acción, porque lo que de él se espera es un hacer; en público, porque su hacer consiste en lograr que otros actúen, mirando a la necesidad del prójimo, porque la acción buscada persigue resolver un problema, no dar cuenta de un sistema. De esto concluíamos que, entre los dos ideales que son *decir la verdad* y *hacer el bien*, el abogado rige su actividad por este último: no busca decir la verdad del sistema sino hacer el bien ante el problema. Y esto no porque *mienta* acerca del sistema, sino porque, lejos de tener como fin describirlo, lo que busca es que lo entendamos de cierta manera para mejor enfrentar tanto nuestra convivencia como, en particular, el problema que en ese momento tenemos delante. Lo que busca es la aceptación por parte de otros de una propuesta política acerca de cómo entender los acontecimientos y cómo entender nuestra tradición, con miras a enfrentar el problema particular como también para seguir conviviendo de cierta manera y no de otra.

Lo anterior marca el razonamiento y la argumentación del abogado, porque es diferente cómo se razona y argumenta para decir la verdad de un sistema o para hacer el bien ante un problema.

Decir la verdad es *un decir*, en tanto que hacer el bien es *un hacer*. Un decir es distante, descomprometido, sólo da cuenta. En cambio un hacer involucra, participa, cambia lo que es. El abogado que argumenta no dice sino que hace. Por cierto que el abogado hace *diciendo*: diciendo los argumentos con que mueve a otros a la acción. Con su decir no busca describir el mundo sino intervenirlo. Su norte es el resultado de esa intervención.

La verdad que se dice es *universal*, la misma para todo lugar y tiempo. En cambio el bien que se hace es siempre *particular*, a la medida de la situación. Como ya hemos visto, el abogado que argumenta no se deja caer mecánicamente sobre el caso particular con un cuadriculado conceptual predefinido por su teoría universal, sino que sabe generar sentido a partir de lo que es único y ejemplar en el caso particular.

La verdad se dice a la segura, tiene *fundamento*, una vez dicha descarta por falsas las demás posibilidades. En cambio el bien se hace con la aventura propia de la acción, sin más apoyo que el *consenso*. Lo hecho tuvo sentido para la comunidad pertinente, pero eso no descarta que tal vez pudo haberse consensuado, también razonablemente, algo diferente. El abogado que argumenta sale del espacio cerrado del sistema, único lugar donde podría encontrar el cómodo refugio de la certeza, y debe recorrer con habilidad el terreno infinitamente abierto del problema donde cada solución no es un teorema sino una propuesta.

2. EL ESPIRITU DE LAS HUMANIDADES

A lo largo de la historia, bajo formas y denominaciones diversas, dos culturas se han disputado el honor de abarcar la sabiduría humana. Por una parte, aquella de la filosofía, esto es, del decir, universal y fundado; por otra parte, aquella de la política: la del hacer, particular y consensuado. La disputa se dio diferentemente entre Platón y los sofistas, entre filósofos y retóricos, entre escolásticos y humanistas, pero eran siempre estas dos culturas

las que se enfrentaban. La primera exhibe de su lado la lista de los más prestigiosos constructores de sistemas, tales como Platón, Tomás de Aquino, Descartes, Kant. La segunda cuenta con el apoyo de figuras de menos renombre, pero tiene el sustento de una ininterrumpida corriente de vida que, usando el término de manera amplia, es *la vida del derecho.* Es la vida de los procesos discursivos de formación de opinión y voluntad colectivas que culminan en acuerdos que toman la forma de nuevas leyes o de interpretaciones de las ya existentes. Es la vida de la polémica, del entendimiento, de la búsqueda de una voluntad común para actuar. El linaje de maestros de esta cultura ha sido el de los abogados, jueces y políticos que día a día han necesitado comprender qué mueve a la comunidad a la cual pertenecen para poder lidiar con sus problemas y expectativas.[108]

Esta segunda vertiente cultural es lo que conocemos como *humanidades.* Es el nombre que ella tomó durante el Renacimiento en Italia, una de las épocas históricas en que floreció la aspiración al hacer, particular, consensuado; aspiración que fue después revertida por tres siglos de idolatría del decir, universal y fundado. En efecto, a comienzos del siglo XV se desarrolló en Italia un ciclo de estudios conocido más tarde como *studia uma-*

[108] No se piense que estos maestros del día a día han dejado sólo el impacto orientador, docente y cultural de su obrar cotidiano, que ya sería suficiente para sustentar su cultura. También han dejado un enorme legado conceptual, como lo sabe para su pesar cualquier alumno de derecho que prepare su examen de grado. Pero es un legado conceptual diferente, nacido no de la especulación sino de las exigencias de la acción. A lo largo de la historia, a partir de la fina observación de su experiencia cotidiana, ellos han elaborado ideas que –como hemos comprobado en los casos analizados en este ensayo– no tienen la pretensión de ser verdades grabadas en piedra sino instrumentos flexibles para actuar. Me refiero a ideas como *persona* (y sus componentes como *voluntad, libertad, responsabilidad*), *cosa* (y sus derivados como *propiedad, posesión, prescripción*) o *acción* (e ideas relacionadas como *moral, buena fe, justicia*), por sólo tomar a modo de ilustración estos tres pilares del derecho civil. Su desarrollo al servicio práctico y cotidiano del *qué hacer* nunca tuvo esa aspiración a lo final y definitivo que caracterizó a las correspondientes especulaciones filosóficas acerca del hombre, la naturaleza y la sociedad. Son ideas gestadas lejos de la especulación filosófica, como respuesta práctica a las exigencias de la vida en familia, el trabajo, el comercio, la política. Tienen menos parentesco con la metafísica que con la análoga herramienta de acción que fue la estructuración sintáctica de los lenguajes indoeuropeos en sujeto, objeto y verbo.

nitatis, digamos *humanidades.* El programa estaba compuesto por poética, historia, retórica y filosofía moral, materias si no idénticas, claramente afines a las que hemos explorado en los capítulos anteriores sobre poética, hermenéutica, retórica y justicia. Tan decidor como el contenido del programa humanista es lo que el programa excluía: la teología, la metafísica, la filosofía natural y la lógica. Vale decir, excluía las bases del decir, universal y fundado.

Examinemos con más detalle las tres dimensiones del espíritu de las humanidades.

A) El hacer por sobre el decir

La marca esencial del humanismo renacentista es su conexión con la acción política. Los *humanistas* –estudiantes y maestros de humanidades– sucedieron a los *dictadores* que ya desde el medioevo practicaban y enseñaban el oficio de componer documentos, cartas y discursos, importantes habilidades de las cuales dependían no sólo la buena gestión de los negocios particulares sino la mantención de la política exterior. Los humanistas aportaron a estas prácticas la convicción de que para escribir y hablar bien era necesario estudiar e imitar a los antiguos. Es así como esa preocupación por los clásicos que solemos vincular a las humanidades no nació de un afán meramente contemplativo respecto del pasado, sino de la búsqueda de herramientas para escribir y hablar bien en la acción política.

Destacaron entre los *dictadores* italianos los cancilleres florentinos, responsables de todos los asuntos exteriores de la república, conocedores del derecho, hábiles en política y diplomacia, expertos redactores de cartas y discursos eficaces mediante los cuales se dirigían a príncipes de Italia y del mundo en nombre de la ciudad. Así, por ejemplo, Coluccio Salutati, canciller durante más de treinta años, cumplió al servicio de la república con su tarea de aconsejar y persuadir, enviando millares de cartas a toda Europa, a soberanos, a capitanes, difundiendo en la acción el pensamiento humanista más abierto y progresista con citas de Cicerón, Tito Livio, Séneca, Virgilio, donde fuese pertinente. A fines del siglo XIV y comienzos del

XV se forjó así en Florencia un estrecho lazo entre cultura y política, donde los clásicos y la historia antigua no eran leídos en las aulas universitarias sino citados con fines políticos en cartas del Palacio de la Señoría. La expresión más directa del pensamiento humanista se encuentra en estas cartas y ensayos que no pretenden ser contribuciones al pensamiento especulativo sino opiniones escritas con elegancia y sabiduría, acerca de los problemas morales y políticos más genuinos y concretos que preocupaban en ese momento a muchos.

Fue un renacimiento de la cultura del hacer, particular y consensuado, en oposición a la cultura del decir, universal y fundado representada por la escolástica. Leonardo Bruni, sucesor de Salutati en la cancillería florentina, lo expresa como sigue, sin delicadeza pero con claridad:

"Quiero rebatir y reprender el error de muchos ignorantes convencidos de que los únicos estudiosos son los que se albergan en la soledad y el ocio; jamás he visto que ninguno de estos hombres camuflados y alejados de todo contacto con los hombres sepa más de tres letras. El ingenio de talla y profundidad no precisa de tales tormentos. Creo por el contrario conclusión acertadísima que quien no se manifiesta pronto no lo hace jamás".[109]

B) Lo particular por sobre lo universal

Destaca en la cultura humanista el interés por expresar lo particular, lo situado, lo histórico, las circunstancias del lugar y momento, las experiencias personales. Es evidente que el trabajo de los cancilleres no podía sino referirse a las situaciones particulares sobre las cuales pretendían actuar, puesto que la acción nunca recae sobre abstracciones sino solamente sobre concreciones. Pero el interés por la riqueza de lo individual fue una marca de las humanidades que trascendió a las necesidades de la acción política. Se manifestó igualmente en el desarrollo de la individualidad de los personajes en la literatura –en contras-

[109] Citado en Eugenio Garín, *La revolución cultural del Renacimiento*, Editorial Crítica, Grijalbo, 1981.

te con la literatura medieval en que los personajes constituían más bien arquetipos–, en el desarrollo de la literatura biográfica, en la pintura de retratos, en los ensayos acerca de costumbres y comportamientos.

Se puede ilustrar esta diferencia entre las dos culturas que comentamos comparando a dos ensayistas que representan con excelencia a cada una de ellas, a saber, Montaigne y Descartes.[110] El primero, gran exponente de la cultura renacentista; el segundo, símbolo de ese largo *contra-renacimiento* que siguió después. Con sólo mirar los temas que cada uno trata, queda de manifiesto la distancia cultural entre ambos. Mientras Montaigne escribe acerca del miedo, los mentirosos, el placer, la amistad, la moda, la borrachera, la libertad de conciencia, la diversión y los cojos; Descartes escribe acerca de la fundamentación del conocimiento y de las reglas para la conducción del intelecto. Es decir, el interés de uno está en la concreción de las costumbres y comportamientos de su comunidad, en tanto que el interés del otro recae sobre las abstracciones de la metafísica y la gnoseología.

A este respecto, Montaigne –recordándonos las opiniones del canciller Leonardo Bruni– dice que "para el uso de la vida y práctica del comercio público, puede haber exceso de pureza y perspicacia de nuestros espíritus; [...] Y las opiniones filosóficas elevadas y exquisitas son inaptas para la práctica".[111] Descartes, por el contrario, señala que, no obstante su atractivo, "...lo ingenioso de las fábulas,[...] las acciones memorables de las historias,[...] la elocuencia,[...] la poesía,[...] los escritos que tratan de las costumbres..." no ofrecen la "certidumbre y evidencia de sus razones" que él buscaba.[112] Es interesante para nosotros destacar que aquello que Descartes excluye de su ámbito de interés es precisamente todo aquello que ha estado en el centro de las preocupaciones de este ensayo, a saber, la poética (fábulas, poesía), la hermenéutica (historia, costumbres) y la retórica (elocuencia).

[110] Michel de Montaigne, abogado, 1533-1592. René Descartes, filósofo, 1596-1650.

[111] Montaigne, *Los ensayos,* Libro Segundo, Capítulo XX

[112] Descartes, *Discurso del método,* Primera Parte.

Realzando su interés por lo concreto e individual, Montaigne, prefacia sus ensayos diciendo: "Lector, soy *yo mismo* la materia de mi libro".[113] Descartes, en cambio, dirige sus meditaciones a los señores decano y doctores de la sagrada facultad de teología de París diciendo que la materia de su libro son "*las razones por las cuales pruebo* que hay un Dios y que el alma humana difiere del cuerpo".[114] El primero habla concretamente acerca de sí mismo, el segundo abstractamente acerca de razones y pruebas. Y en ese hablar de sí mismo, no es que Montaigne pretenda tratar de una esencia humana que se encuentra en todos y, por tanto, también en él. Por el contrario, dice: "Quiero que me vean de manera simple, natural y ordinaria[...] mis defectos se verán en vivo y mi forma natural de ser hasta donde lo permita mi respeto por el público". Y mucho menos pretende sermonear acerca de cómo él u otro *debiera* ser, motivo por el cual advierte que "Los otros forman al hombre; yo lo recito".[115]

Por cierto que los ensayos de Montaigne –así como tampoco los cuentos del Decameron o las expresiones únicas de las figuras y caricaturas de Da Vinci, por mencionar de paso otras exploraciones renacentistas de lo individual y particular– no se agotan en el registro o invención de la anécdota. Son todos caminos para construir *a partir del particular* lo universal o ejemplar de ese particular, proceso que, como hemos visto en los casos judiciales y otros ejemplos analizados, arroja algo muy diferente a lo que resulta de la simple aplicación de universales *pre*concebidos a la situación que se tiene delante. Como bien decía William James, "el observador distante no ve el fondo del asunto". Y, precisamente, la abstracción distancia al observador, en tanto que lo particular lo acerca.

c) El consenso por sobre el fundamento

Explicaba más arriba que el abogado hace *diciendo*: diciendo los argumentos con que mueve a otros a la acción, esto es, con que logra el consenso necesario.

[113] Montaigne, *Los ensayos*, Prefacio.
[114] Descartes, *Meditaciones metafísicas*, Prefacio.
[115] Montaigne, *Los ensayos*, Libro Tercero, Capítulo II.

En la Edad Media se distinguían siete *artes liberales*, esto es, artes del hombre libre, diferentes de las artes mecánicas del hombre servil. Las artes liberales se subdividían en dos grupos, a saber, el *Trivium* que contenía la gramática, la dialéctica y la retórica, y el *Quadrivium* que contenía la aritmética, la geometría la astronomía y la música. Es evidente el parentesco del *Trivium* medieval con los *studia umanitatis* renacentistas. Thierry de Chartres describió muy bien la esencia del Trivium y del Quadrivium al decir que el primero reunía *las artes del decir* en tanto que el último contenía *las artes de lo dicho.* Tomando prestado de Thierry la observación, podemos decir que, en su esencia, las humanidades están constituidas por las artes del decir, no de lo dicho.

Las artes del decir están al servicio de lograr el entendimiento de otros; están al servicio de generar consenso en contextos de polémica. Las artes de lo dicho están al servicio de dar cuenta fiel de un ámbito sistematizado de conocimientos, sus fundamentos, razonamientos y conclusiones. Las humanidades buscaron abarcar el conocimiento y habilidades necesarias para el decir que conduce al entendimiento y al consenso. Esto queda de manifiesto en la malla curricular de los *studia umanitatis*: retórica, poética, historia y filosofía moral. Veamos como cada componente de esta malla contribuye al buen decir.

Si lo que se busca es lograr el consenso de otros respecto de un hacer ante la situación particular, interesa el discurso concreto ante el auditorio concreto. Interesa la interacción toda del que habla con su auditorio, no el solo contenido de lo dicho; interesa la efectividad de esa interacción, no la sola validez de ese texto. Por ejemplo, interesa *quién* dirigió *cuál* argumento a *cuál* auditorio en *qué* circunstancias con *qué* efecto, y no el mero análisis formal de cadenas inferenciales de afirmaciones escritas. De ahí la importancia que tuvo hasta el siglo XVI ese arte del decir que es *la retórica.*

El entendimiento con otros acerca de qué hacer ante la situación particular requiere alcanzar con el otro una comprensión y valoración suficientemente compartidas respecto de dicho particular. Importa entonces la capacidad narrativa que da sentido al caso particular, más que el recetario de abstracciones del caso tipo. Es así como el programa de estudios humanistas

incluye naturalmente la poesía o, debiéramos decir mejor, *la poética* en sentido aristotélico, esto es, ese otro arte del decir que es dar sentido moral a los acontecimientos vertebrando datos, motivaciones y vínculos causales en torno a una trama.

Pero ese sentido moral que la narración da a los acontecimientos resonará en otros, así como resuena en nosotros, en la medida que compartamos un grado importante de entendimiento acerca de qué valores, principios y tradiciones están en juego en el caso que se tiene delante. Aquí no ocurre nada diferente a lo que muestra la vida cotidiana cuando nos da la ocasión de contrastar las visiones que tienen, por una parte, alguien de experiencia y, por la otra, un novato, respecto de qué está en juego en una situación determinada. Como todos hemos comprobado en otros y alguna vez en nosotros mismos, al novato de poco lo ayuda su erudición intelectual, con sus teorías y sus ideas claras y distintas, todo construido a partir de una *tabula rasa* ahistórica porque el joven aún no tiene historias de qué echar mano para mejor entender. En cambio la persona de experiencia tiene un amplio y profundo acervo casuístico que lo ayuda a mirar lo que hay que mirar y entonces ver lo que hay que ver en la complejidad fenoménica de la situación concreta y sus circunstancias. Los estudios humanistas buscaban contribuir a la ampliación y profundización de ese acervo casuístico, indispensable para el desarrollo de una mirada fina con que enfrentar las cosas que nos acontecen y ver cómo se hacen presentes en ellas nuestros valores, principios y tradiciones. Eso explica el lugar que ocupan en el programa humanista el estudio de *la historia*, que amplía y enriquece las perspectivas desde las cuales iluminar casos particulares, y la *filosofía moral* que en el Renacimiento estaba constituida por una casuística de situaciones a valorar y no por la teoría ética de espíritu axiomático que volvió a ser dominante unos años más tarde. La casuística y la filosofía moral constituían una fuente inapreciable de tópicos desde los cuales construir razonamientos y argumentos para lograr entendimiento y consenso.

No es difícil percibir que, con sus raíces en el hacer, particular y consensuado, el espíritu de las humanidades es el de la sabiduría política; diferente a la sabiduría filosófica que se nutre del decir, universal y fundado.

3. LA FORMACION DEL HUMANISTA

Lo inapreciable de las humanidades como instrumento para enfrentar el futuro es permitirnos forjar una postura intelectual, moral y política frente a los acontecimientos. No una *predicción*, como lo hace la ciencia, sino una *postura*. Es decir, lo inapreciable de las humanidades es permitirnos día a día hacer frente a los problemas o disyuntivas que van surgiendo en la familia, el lugar de trabajo, la profesión o el país, dándonos para ello una base sobre la cual elaborar ante cada situación concreta una respuesta razonable a preguntas como *qué está pasando, qué está en juego* y, muy especialmente, *qué hacer*. La respuesta a estas preguntas es lo que da sentido y propósito a nuestra acción, así como también efectividad, ya que no sólo ilumina nuestro actuar sino que constituye un medio para lograr que se haga colectivamente aquello que necesita hacerse.

Valioso como es todo esto para cualquier persona, para el abogado es además parte fundamental de lo que de él se espera profesionalmente. Sea en su rol de juez, litigante o asesor, del abogado se espera que, ante una situación concreta actual o potencialmente conflictiva, sea capaz de explicar el significado de lo qué pasó o pasaría, mostrar qué está en juego y dar sentido a un camino de acción a seguir. Además, se espera que pueda lograr para ese camino de acción la cooperación de otros, sea en la forma de una decisión favorable del juez, de la aceptación de las partes ante un fallo, de la confirmación del tribunal superior, del reconocimiento público de la legitimidad de una decisión, de la firma de la contraparte en un contrato. *El abogado es esencialmente un profesional de las humanidades.* Quien hace lo que en este ensayo hemos visto debe hacerse no es un técnico en leyes sino un humanista.

Sorprende entonces que no suela verse brillar el espíritu de las humanidades en los alumnos o profesores de las escuelas de derecho, sin desconocer que hay y siempre ha habido maestros que constituyen honrosa excepción. Más bien tiende a reinar casi sin contrapeso la aproximación metafísica o técnica propia de quienes construyen y transmiten el dogma de un decir, universal y fundado: se informa a los alumnos que tal es el texto legal, como parte del único objeto de estudio que es el sistema

normativo; se les informa que tal es su único significado, sin más referencia en su construcción que a otros textos del propio sistema. Dicho de otro modo, la enseñanza que se imparte suele ser *abstracta, descontextualizada* y *encerrada* en la especialidad, al servicio de *saber* las verdades de un sistema; en lugar de ser *rica en contenidos y contextos, abierta* a la realidad, al servicio del *saber hacer* ante un problema.

Concluiré este trabajo con el esbozo de algunas ideas sobre la formación del profesional de las humanidades. Al igual que las ideas sobre argumentación que hemos explorado, estas ideas docentes tampoco son nuevas: se han debatido en Occidente por más de dos mil años.

Un punteo recordatorio de lo que involucra la argumentación jurídica servirá a la vez de apretada síntesis de parte de lo tratado en este ensayo y de aclaración útil para comprender la naturaleza de ese debate milenario sobre docencia:

- Una vez que uno mira a otros y *se* mira actuar en situaciones concretas, ve que argumentación y razonamiento son dos caras de la misma medalla. Ve que para actuar no se razona produciendo cadenas inferenciales desde axiomas indiscutibles hasta teoremas demostrados, sino que se debate en un foro interno, sopesando, *si bien es cierto, no es menos cierto*, redescribiendo, redefiniendo. Uno argumenta *razonando* con otros; uno razona *argumentando* consigo mismo. Este ha sido entonces un ensayo sobre argumentación *y también sobre razonamiento* jurídicos aunque, para no entorpecer el lenguaje, hayamos usado normalmente sólo la palabra "argumentación".
- La argumentación jurídica (¡Y el razonamiento jurídico!) es una herramienta que, como cualquier otra, lleva la marca propia de su finalidad. Su finalidad, para un juez, un litigante o un asesor, no es dar cuenta descomprometida de un sistema sino intervenir el mundo para resolver un problema. Es la marca que la vida activa del abogado deja sobre sus herramientas discursivas, ampliándolas inevitablemente hacia los ámbitos que se indican enseguida.
- El problema que el abogado interviene para resolver es *qué hacer* ante una situación concreta. Más aún, su inter-

vención no termina en un mero diagnóstico acerca de qué hacer sino en tratar de que lo diagnosticado *se haga, mediante la acción de otros.* Pues bien, como hemos visto, la inconmensurabilidad de los fines perseguibles con uno u otro hacer y las particularidades del auditorio que ha de ser movido a la acción, hacen inconducente la búsqueda de una argumentación jurídica que pretenda tener *fundamento,* imponiendo al abogado la necesidad de producir una argumentación que tenga *sentido.* Es éste el paso desde el *decir, universal y fundado* al *hacer, particular y consensuado.* O, siguiendo a Thierry de Chartres, el paso desde *las artes de lo dicho* a *las artes del decir.*[116]

- Es precisamente aquí donde la argumentación jurídica sobrepasa los límites de la mera inferencia lógica, saliéndose de ese juego combinatorio formal o informal que es posible sólo dentro de las fronteras de un sistema. Para dar *sentido* a sus propuestas sobre qué hacer, el abogado echa mano más bien de esos *tres grandes vehículos de generación de sentido* que son la poética, la hermenéutica y la retórica.
- La *poética* da sentido a los acontecimientos escogiendo algunos aspectos de ellos para construir una trama hilada por ciertas motivaciones y relaciones causales. Para esto no basta conocer las normas del sistema: se requiere conocer las motivaciones y relaciones causales que hacen entendibles las acciones de los hombres. Pobre es *la argumentación jurídica* del novato que busca sustentar una propuesta de entendimiento de la ley, si no es capaz de hacer una descripción de las acciones o situaciones a ser juzgadas que haga ver el sentido y naturalidad de lo que propone. Pobres son las argumentaciones jurídicas en derecho económico, por ejemplo, de quienes poco entienden de las razones y lógica de negocios que mueven a las empresas

[116] O como se podría decir hoy, aunque rescatando con ello sólo algunos aspectos del tema, el paso desde una teoría *fundacionalista* a una teoría *coherentista* de la justificación. Hago este comentario más que nada para destacar la pobreza, torpeza y lisa y llana fealdad de los tecnicismos contemporáneos en comparación con un lenguaje natural de sentido común como el empleado por Thierry.

en su acción. *Para la buena argumentación jurídica no basta saber leyes: hay que saber mundo.*

- La *hermenéutica* da vida aquí y ahora, para el caso concreto que se tiene delante, a las tradiciones, principios, valores y normas con que precisamente damos sentido a lo que nos acontece. Para el trabajo hermenéutico es esencial conocer las leyes, pero dista de ser suficiente. Es necesario comprender cómo nuestra comunidad comprende dichas leyes, cómo comprende nuestras prácticas, cómo comprende los principios que nuestras leyes y prácticas encarnan y los valores que ellas cautelan. Pobre es *la argumentación jurídica* de quien propone sobre bases meramente formales la aplicación de una ley, si no es capaz de mostrar cómo esa aplicación da vida en este caso a lo que valoramos y respetamos en nuestras normas, prácticas y costumbres. *Para la buena argumentación jurídica no basta conocer las leyes: hay que comprender la cultura.*
- La *retórica* de unos incorpora a otros a un entendimiento y propósito compartidos sobre *qué hacer* ante el caso concreto. Así incorporándolos, la retórica a la vez genera la acción colectiva que resuelve el problema del momento y, además, deja como legado una nueva manera de entender nuestro entorno y de entendernos. Pobre es *la argumentación jurídica* de quien no es capaz de lograr lo que esperamos de la argumentación jurídica, a saber, que *se produzca* la acción colectiva que resuelve el problema para cuya solución argumentamos y que *se produzca* la aceptación comunitaria del legado de entendimiento que dicha argumentación pretende dejar. *Para la buena argumentación jurídica no basta dar cuenta de las leyes: hay que actuar sobre el mundo.*

La síntesis de los puntos anteriores sirve para recordarnos por qué la actividad del abogado traspasa los límites de cualquier sistema para expandirse sobre el terreno ilimitado del problema. Por lo mismo, lo que abarca y requiere la argumentación jurídica plantea un extraordinario desafío docente. Nada nuevo bajo el sol para la profesión de las humanidades. Como escribió Quintiliano, después de hacer una breve sinopsis de sus exigencias docentes: "Si parece a mi lector que es mucho lo

que exijo, ¡considere él que es un orador quien está siendo educado!".[117] Cicerón lo decía así: "El hecho es que la oratoria es una actividad de envergadura, y depende de una gama de artes y ramas de estudio mucho más amplia que lo que la gente piensa. [...] No hay más que una explicación de la escasez de oradores competentes: la increíble amplitud y dificultad de la materia".[118]

Quien abordó de manera más completa el problema de la educación humanista fue, diecisiete siglos más tarde, Juan Bautista Vico, en el contexto adverso de un mundo ya bien encaminado por la senda del *contra-renacimiento.*[119]

Haciendo frente a la cultura dominante en su época cuya preocupación central era la búsqueda de la certeza, Vico planteaba de la siguiente manera la opción humanista por hacer el bien ante el problema antes que decir la verdad de un sistema:

"La naturaleza y la vida están llenas de incertidumbre; la principal, más todavía, la única finalidad de nuestras artes es asegurarnos de que hayamos actuado bien".[120]

Le preocupaba que la educación en boga dejara desvalidos a los estudiantes para este buen actuar, por su enfoque esterilizador en las abstracciones de lo que llamaba "la crítica filosófica moderna" refiriéndose al método cartesiano:

"Aquellos cuya única preocupación es la verdad abstracta, tienen grandes dificultades en alcanzar sus medios y mayor aún

[117] Institutio Oratoria, Libro 1, en *Quintilian, On the Teaching of Speaking and Writing*, editado por James Murphy, Southern Illinois University Press, 1987. Marco Fabio Quintiliano vivió en el siglo 1. Fue un litigante de gran prestigio y un profesor extraordinario. Escribió la *Institutio Oratoria* pensando en la formación del perfecto ciudadano orador. La *Institutio Oratoria* fue muy apreciada por muchos, incluyendo Erasmo, Martín Lutero, John Milton, Winston Churchill. Tuvo especial influencia en el Renacimiento en Italia, como instrumento de enseñanza para el programa de los *studia umanitatis.*

[118] De Oratore, Libro 1, en *Cicero, On the Good Life*, Penguin Books, 1971. Marco Tulio Cicerón vivió en el siglo 1 a.C. Fue un abogado y político de gran prestigio.

[119] Juan Bautista Vico vivió entre los años 1668 y 1744.

[120] *On the Study Methods of our Time*, Cornell University Press, 1990. Era tradición en la Universidad de Nápoles que al inicio de cada año académico el profesor de retórica –posición que ocupaba Vico– dictara una conferencia inaugural. La cita es de la conferencia que dictó el año 1708, titulada *De Nostri Temporis Studiorum Ratione.*

en lograr sus fines. [...] El camino de acción en la vida debe considerar la importancia de los acontecimientos singulares y sus circunstancias".[121]

En realidad, Vico no atacaba el pensamiento cartesiano en sí sino la pretensión totalizadora que buscaba extenderlo al campo de la acción política y jurídica.

"En nuestros días, sólo se honra la crítica filosófica. [...] Nuestros jóvenes, por su entrenamiento, que se enfoca en estos estudios, no son capaces de incorporarse a la vida comunitaria con suficiente sabiduría y prudencia, ni pueden infundir en sus discursos familiaridad con la sicología humana ni permear sus expresiones de pasión. [...] Debemos evitar que el desarrollo del sentido común se vea atrofiado en los jóvenes por el hábito de la especulación crítica. Quisiera agregar que el sentido común, además de ser el criterio del juicio práctico, es también la pauta directriz de la elocuencia. [...] Existe el peligro que la instrucción avanzada en crítica filosófica lleve a un crecimiento anormal del intelectualismo abstracto y deje a los jóvenes inaptos para la práctica de la elocuencia".[122]

Las mismas preocupaciones de Vico resumidas en las citas anteriores, podrían justificarse hoy respecto de la enseñanza que se suele impartir en nuestras escuelas de derecho. Sólo se honran, enseñan y controlan las abstracciones de la dogmática; al punto que son pocos los alumnos que recuerdan que su vocación profesional es salir al mundo a resolver problemas, no a recitar un sistema; y son menos aún los que han desarrollado alguna habilidad para ello, siendo normalmente ingenuas e inútiles sus primeras aproximaciones a cualquier asunto real.

Como se vislumbra en la última cita, la formación del humanista planteada por Vico se centra en el sentido común, entendido como ese sentido que le permite actuar en la vida comunitaria con sabiduría, prudencia y elocuencia. *Sabiduría* era, para Vico, comprensión cabal de lo humano; *prudencia* era sabiduría práctica en la acción comunitaria; *elocuencia* no era adorno sino la expresión de la sabiduría y la prudencia en el hablar.

---

[121] *On the Study Methods of our Time*, Cornell University Press, 1990.
[122] *On the Study Methods of our Time*, Cornell University Press, 1990.

Interpretamos bien a Vico si con estos elementos formulamos como sigue la aspiración educacional de las humanidades: formar a quien *ante cada problema concreto, pueda lograr en comunidad un hacer sabio y prudente mediante el decir con elocuencia.* Difícil tarea docente, como bien decían Cicerón y Quintiliano.

4. EL DIA A DIA DE NUESTRAS ESCUELAS

Veamos qué pueden significar estas ideas en la sala de clases de una escuela de derecho en Santiago de Chile el año 2004. Se puede estructurar útilmente el tema en torno a cuatro pilares, cuales son: i) buen escribir y hablar, ii) dominio de nuestra tradición jurídica, iii) comprensión de las motivaciones y causalidades que explican las acciones de las personas y iv) una postura intelectual, política y moral propia ante los acontecimientos y situaciones que se dan en nuestro entorno. No escapará al lector el aire de familia que comparten estos cuatro pilares con la retórica, la hermenéutica, la poética y la ética.

A) BUEN ESCRIBIR Y HABLAR

Nuestros estudiantes se han criado en un ambiente contaminado por la pretensión totalitaria de las ciencias de lo dicho. Por lo mismo, son víctima fácil de la idea que las habilidades del decir son un accesorio, mero adorno superfluo para la presentación de lo dicho. De ahí sus típicas protestas de que "en el fondo" lo que escribieron en su examen era correcto. Su ingenuidad ante el mundo es tal que ni sospechan que no existen semejantes "fondos" y que sólo las superficies mueven el mundo que ellos como abogados tienen por profesión mover. A más de alguno he señalado que sus reclamos son comparables a los de un escultor convencido de que "en el fondo" sus esculturas son superiores a las de Miguel Angel pero, claro, sólo le falta el detallito de corregir esto y aquello en el mármol esculpido, una mera formalidad de presentación. En realidad no hay ni fondos ni superficies. Sólo hay obras y ellas son lo que son. Sólo existe la escultura, no su "fondo" o "sustancia". Sólo existe ese

papel que llamamos examen. Sólo existe la carta con el consejo al cliente, el escrito de demanda, las palabras que se dijeron en la hora de alegato, la sentencia tal cual fue redactada, sin que haya fondos ni sustancias que contribuyan cosa alguna a resolver los problemas que somos llamados a resolver.

Debiéramos exigir a todo estudiante de una escuela de derecho una expresión escrita y hablada impecable y efectiva. Su ausencia debiera ser tan legítimo motivo de reprobación de una prueba o examen como lo es el desconocimiento de las leyes pertinentes. Claro está que esto exige del profesor cierto coraje para asumir el desgaste político que implica evaluar sin esa comodidad que dan las pautas objetivas que permiten desligarse de toda responsabilidad y ser mero vehículo o mensajero que informa al alumno acerca del acierto o desacierto "objetivo" de sus respuestas. Si, sobre la base de una medición objetiva, el alumno *salió* bien o mal, es seguro que estamos controlando trivialidades. Si, en cambio, sobre la base de un juicio de prudencia y experiencia es el profesor quien *lo sacó* bien o mal, entonces estamos evaluando lo que importa.

Cicerón plantea el tema como sigue:

"Pero la enseñanza más importante es algo a lo cual, a decir verdad, muy raras veces nos abocamos; porque requiere mucho trabajo, algo que muchos queremos evitar. Me refiero a escribir. Por lejos el mejor profesor de la elocuencia es la pluma, y no es difícil ver por qué. [...] Cualquiera que llegue a la oratoria desde una larga experiencia como escritor, trae consigo una gran ventaja: incluso si improvisa, lo que diga será tan bueno como si lo hubiera escrito".[123]

Pero para escribir y hablar no basta escribir y hablar. Quintiliano lo decía así:

"Yo sé que a menudo se pregunta si contribuye más el escribir, el leer o el hablar. [...] En verdad están todas tan conectadas e inseparablemente ligadas las unas a las otras que, si descuidamos cualquiera de ellas, trabajaremos en vano en las otras dos, porque nuestro discurso nunca será fuerte y energético si no obtiene su fuerza de mucha práctica en escribir; y el trabajo de

[123] De Oratore, Libro 1, en *Cicero, On the Good Life*, Penguin Books, 1971.

escribir, sin el apoyo de modelos provenientes de la lectura, se da sin consecuencias, como carente de director; mientras que el que sabe cómo todo debiera ser dicho, si no tiene la elocuencia lista y preparada para cualquier emergencia, no podrá más que cavilar en silencio como acerca de un tesoro oculto".[124]

Agrega después lo siguiente:

"¿Puede dudarse que él necesitará de ciertos recursos de que echar mano cuando sea necesario? Esos recursos son *materias y palabras.* [...] Esto lo logramos leyendo y escuchando el mejor lenguaje. [...] Por un largo tiempo, sólo los mejores autores han de ser leídos".[125]

Cicerón lo dice así:

"Pero, retomando el asunto del entrenamiento, un orador también debiera leer a los poetas e historiadores. De hecho, debe examinar y reflexionar acerca de escritores y expertos en cada arte liberal. Encontrará que es buena práctica explicar los méritos y significados de dichas obras, así como atacar y refutar lo que plantean".[126]

Si el abogado es un profesional de las humanidades, tal vez debiéramos considerar imponer a los estudiantes a lo largo de su carrera un ritmo fuerte de lecturas. ¿Cuántos estudiantes han leído *Antígona, El Mercader de Venecia, Gorgias, La Saga de Njal, Fuenteovejuna,* por tomar una muestra ridículamente pequeña de textos con un vínculo evidente con temas jurídicos? Y, por cierto, lo más importante de un ciclo quinquenal de lecturas guiadas no tendría por qué tener vínculo alguno con temas específicamente jurídicos.

Es evidente que hacen un flaco favor a la sociedad y a sus clientes –y por tanto a sí mismos en cuanto a realización profesional– los jueces, litigantes o asesores aquejados por una escasez de vocabulario y de ideas como consecuencia de su escasez de lecturas.

---

[124] Institutio Oratoria, Libro 10, en *Quintilian, On the Teaching of Speaking and Writing,* editado por James Murphy, Southern Illinois University Press, 1987.

[125] Institutio Oratoria, Libro 10, en *Quintilian, On the Teaching of Speaking and Writing,* editado por James Murphy, Southern Illinois University Press, 1987.

[126] De Oratore, Libro 1, en *Cicero, On the Good Life,* Penguin Books, 1971.

B) DOMINIO DE NUESTRA TRADICIÓN JURÍDICA *COMO HERRAMIENTA* AL SERVICIO DE LA ACCIÓN

Nuestras escuelas enseñan las leyes y la jurisprudencia, colocando todo dentro de un sistema coherente de significados y relaciones. Se divide el derecho en ramas, se introduce cada rama destacando alguna relación sistemática con otras ramas, se la descompone después en subtemas relacionados entre sí también conforme a alguna explicación lógica. Pero suele faltar ocuparse de que los alumnos comprendan que cada sistematización de la materia no es sino una herramienta utilizable en algunos casos y desechable en otros, como lo es toda herramienta según la ocasión. En cualquier ámbito –y el derecho no es la excepción– el maestro no ha completado su tarea a menos que además de enseñar las posibilidades enseñe también las limitaciones de las herramientas que entrega.

Como dice Vico: "En cuanto al propósito de la educación, si bien su logro es posterior al proceso de aprendizaje, nunca debiera ser perdido de vista por el estudiante, ni al comienzo ni durante todo el proceso de estudio. [...] El propósito debiera circular como corriente de sangre a lo largo de todo el cuerpo del proceso de estudios".[127] Entonces, si el propósito de los estudios jurídicos es la formación de un abogado capaz de dar solución a problemas (y no la formación de un erudito capaz tan sólo de recitar los contenidos de algún sistema), es fundamental que el estudiante *nunca* pierda de vista que las definiciones y sistematizaciones no son un fin en sí sino instrumentos al servicio de la solución de problemas. Para ilustrar esto el profesor podrá traer a la sala de clases, sin mayor esfuerzo, una selección de los casos que ve prácticamente a diario en su ejercicio profesional, de aquellos donde ha necesitado buscar definiciones diferentes o relaciones intertextuales novedosas, incluso contrarias a otras que tradicionalmente han estado asentadas en la cultura profesional. De ese modo los estudiantes podrán comprobar que toda definición es provisoria y toda sistematización es instrumental.

[127] *On the Study Methods of our Time*, Cornell University Press, 1990.

c) Comprensión de las motivaciones y causalidades que explican las acciones de las personas

Lo que hace poco efectivos a los abogados recién salidos de la escuela no es su nivel de conocimiento técnico, el que suele ser bueno, sino su nivel de desconocimiento del mundo. Desconocimiento que, ante situaciones concretas a resolver, se traduce en juicios de una ingenuidad que a veces llega a ser cómica. Como me decía un colega con quien trabajé hace muchos años, les falta *esquina*, en el sentido de no ser *street-wise*. No tengo datos estadísticos, pero la experiencia en clases me indica que un número importante de estudiantes de derecho no lee regularmente los diarios ni semanarios políticos o económicos, ni tiene gran oportunidad de conversar con otros acerca de lo que acontece en Chile y en el mundo. Cuesta imaginar qué lectura podría hacer de un caso laboral quien nada sabe sobre lo que acontece en el mundo del trabajo, o de un caso de libre competencia quien nada ha visto en prensa sobre el doble filo de la regulación, o de un caso de sociedades anónimas quien nada entiende de los traspiés vividos en el mundo los últimos años en materia de gobierno corporativo.

Sin conocimiento del mundo, difícilmente podrían narrar los hechos de algún caso concreto de manera que tenga sentido suficiente para hacer razonable a su auditorio una pretendida aplicación del derecho. Quintiliano no es gentil en su comentario: "Ese sentido que se llama sentido común –¿dónde lo aprenderán los jóvenes si se han alejado de la sociedad, la que es natural no sólo para los hombres sino hasta para los animales brutos?".[128]

No sé si esta sea tarea para las escuelas de derecho. Pero sin lugar a dudas es una obligación inexcusable para sus estudiantes.

[128] Institutio Oratoria, Libro 1, en *Quintilian, On the Teaching of Speaking and Writing*, editado por James Murphy, Southern Illinois University Press, 1987.

D) UNA POSTURA INTELECTUAL, POLÍTICA Y MORAL PROPIA ANTE LOS ACONTECIMIENTOS Y SITUACIONES QUE SE DAN EN NUESTRO ENTORNO

Ante cada caso concreto, y antes de siquiera iniciar el análisis técnico de esta o aquella disposición legal, el abogado de experiencia logra tener una postura acerca de qué es bueno, qué es práctico, qué es posible, qué es razonable. Esa postura intelectual, política y moral se va forjando a medida que él examina la situación concreta a través del prisma de su acervo cultural el que, de manera inevitable, lo ayuda a iluminar y evaluar la situación. Ese acervo cultural resulta de la amplitud y precisión de su lenguaje –sin el cual no habría amplitud ni precisión en el pensamiento–; de la riqueza de perspectivas extraída de sus lecturas y observaciones del mundo circundante; de la soltura y flexibilidad desarrolladas tras años de aplicación de las leyes, jurisprudencia y doctrina a los más variados contextos.

Si su acervo cultural es amplio y profundo, tendrá una postura clara y madura, la que contribuirá mucho a iluminar intelectual, política y moralmente el caso, siendo capaz de proponer una buena solución, hacer ver a los auditorios pertinentes la razonabilidad de su propuesta y ampliar nuestro entendimiento compartido para futuras necesidades de acción. Si su cultura es estrecha o superficial, tendrá una postura liviana o ninguna, contribuirá poco a esclarecer la situación, difícilmente dará con una buena solución, tampoco motivará la acción de otros y menos todavía dejará el legado de una perspectiva valiosa acerca de cómo entendernos.

Las humanidades no imponen a la vida social o personal cauces predefinidos a seguir provenientes del más allá de las opiniones que tengan los hombres día a día y caso a caso cuando enfrentan cada problema. Su pretensión no es controlar de antemano los desenlaces, sino enriquecer el debate que dará lugar a cada desenlace. En el mundo esquemático de aquellas éticas y políticas que se pretenden geometría, formular reglas generales es tan fácil como estéril. En cambio, es siempre difícil y pleno de consecuencias decidir *qué hacer* ante una disyuntiva concreta de aquellas que se nos presentan normalmente en la vida familiar, profesional o política. Ante el problema con-

creto no hay receta prestablecida para la buena solución. No hay punto de apoyo externo a nuestras prácticas discursivas para distinguir entre el bien y el mal. No tenemos más que la argumentación para proponer y proponernos un camino de acción a la luz de nuestra narración de los hechos y nuestra reordenación y redefinición en torno al caso de los principios, valores y normas que compartimos. La tradición de las humanidades busca enriquecer la argumentación así como también el espacio público en el cual ella es posible.

ANEXO

1. Guillermina Toledo Pág. 211
2. Tribunal Calificador de Elecciones Pág. 220
3. Carlos Shirizawa Pág. 236

En este anexo he incluido sólo algunas antiguas sentencias cuya discusión con alumnos ha resultado siempre motivante. Cada lector o profesor puede trabajar con las sentencias que le parezcan adecuadas, siendo el papel de las que se incluyen en este anexo y comentan en el cuerpo del ensayo meramente ilustrativo de una forma de lectura de los fallos judiciales, una lectura que busca indicios de cómo la argumentación se ha construido al servicio de determinada solución para el problema concreto y de cómo con ese norte se han utilizado las tres herramientas generadoras de sentido que son la poética, la hermenéutica y la retórica.

1. GUILLERMINA TOLEDO

"Vistos:

"1º Que se ha acusado en esta causa a Guillermina Toledo Manríquez como autora de parricidio de Humberto Mora Torres, a quien el 27 de diciembre de 1962 disparó dos tiros de revólver, uno de los cuales le ocasionó una herida abdominal que fue causa precisa y necesaria de la muerte. En los fundamentos que siguen se examinará la calificación que en la sentencia definitiva debe tener esa conducta delictuosa.

"2º. Que además de los hechos que el juez dejó sentados en el fundamento primero modificado de su fallo, han quedado acreditados, con el mérito de los documentos emitidos por el

Registro Civil que rolan a fs. 10, 20, 24, 112, 114, 117 y 118, las declaraciones de Laura Vega (fs. 24), María Vega (fs. 71), Claudina Clavero (fs. 90), Julio Munizaga (fs. 71 vta.), Rodolfo Ferreira (fs. 98) y Oscar Cádiz (fs. 98 vta.) y diligencia de fs. 111, los que a continuación se señalan.

"Humberto Mora Torres contrajo matrimonio civil con Laura Rosa Vega Moraga el 16 de septiembre de 1959, legitimando en ese acto a un hijo común nacido dos años antes. Abandona a su mujer para casarse con la reo Guillermina Toledo Manríquez, de 15 años, con quien celebra bodas el 5 de enero de 1961, encontrándose vigente el vínculo anterior. De ésta se separa meses antes de los hechos, después de haber nacido una hija y luego de haber tomado conocimiento Guillermina de la existencia del primer matrimonio con Laura Vega, quien entretanto ha iniciado una causa criminal contra ambos por el delito de bigamia.

"3º. Que el artículo 390 del Código Penal castiga como parricida al que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge. En esta figura, derivada del tipo homicidio, el bien jurídico protegido no sólo es la vida de otro ser: tutela también el vínculo de la sangre y la relación conyugal. Su sentido no es claro frente a la situación que se plantea en la causa, porque la vinculación matrimonial verificada entre la víctima y el reo está prohibida y castigada por la ley. En efecto, como nuestra organización familiar se encuentra asentada sobre la base del matrimonio monogámico, la ley civil ha prohibido la celebración de un nuevo vínculo al que está atado por uno anterior y la contravención ha sido sancionada con la nulidad; a su vez el Código Penal, al castigar al que la viola, establece implícitamente igual prohibición. Es pues necesario resolver la cuestión de interpretación de ley penal que se suscita en este caso, cuestión que consiste en determinar si la voz 'cónyuge' utilizada por esta disposición está referida en toda su plenitud a los conceptos que el Derecho Civil establece, porque si ello es así no hay duda de que para el legislador penal también es cónyuge el que se ha casado estando vigente el matrimonio anterior,

en tanto que una conclusión negativa podría interferir en la calificación del hecho.

"No cabe dudar de que comete parricidio el que se encuentra unido con la víctima por los vínculos de un enlace válido y no disuelto: es plenamente un 'cónyuge'; está también fuera de discusión que no se comete ese delito, sino homicidio, si el vínculo se ha extinguido por la declaración de nulidad o la muerte presunta.

"Empero, para la ley civil es también cónyuge el que se encuentra unido por un matrimonio anulable por contener el vicio del vínculo preexistente: en tanto no se declare la invalidación el matrimonio produce todos sus efectos civiles; cuando la nulidad sea resuelta, en virtud de la retroactividad, esos efectos quedarán a salvo para el cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo (putatividad) y respecto de terceros que hayan contratado en análogas condiciones con los cónyuges (apariencia).

"Tales circunstancias no son suficientes, sin embargo, para concluir que el artículo 390 ha estimado al bígamo como 'cónyuge' para su especial finalidad.

"El simple uso de esta expresión no es por sí solo decisorio, porque el legislador civil la adopta también para definir algunas situaciones en que no podría tener cabida la comisión del parricidio: es así que llama 'cónyuge' al que ha sobrevivido a la muerte de su marido o mujer (artículos 983, 991, 992, 993, 1103, 1172, 1174, 1175, 1176, 1177, 1180, 1191, 1193, 1199, 1221, 1240 del Código Civil) o a aquellos cuyo matrimonio ha sido anulado (artículo 102 del Código Civil) a pesar de que en ambos supuestos es evidente que no hay ya vínculo matrimonial. El sentido de esta expresión es pues más restringido en el artículo 390 del Código Penal que en la ley civil, para la cual hay personas a quienes llama cónyuges no obstante no encontrarse ya unidas. Si esta terminología civil debiera aplicarse en lo penal con estrictez, para ser consecuentes con ella deberíamos entender que también comete parricidio aquél cuyo matrimonio con la víctima ha sido anulado, ya que a éste el Código Civil también lo llama 'cónyuge', mas esto no es así porque no hay relación que los ligue.

"En esta misma disposición (artículo 390) hay también un indicio claro de que en ella no se hace un reenvío absoluto al dere-

cho civil. En efecto, en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal se dice que 'el señor Reyes hizo presente que, a su juicio, el parricidio de padres e hijos ilegítimos debe limitarse a los que hubieren sido reconocidos como tales según la ley civil, pues de otra manera se abriría la puerta para descubrir parentescos tal vez imaginarios y por medio que la ley no ha creído conveniente aceptar'. Se observó a esto que el parricidio, no obstante, es un atentado, no contra las relaciones de los padres e hijos, sino contra los vínculos que la naturaleza ha creado entre ellos por el hecho de la paternidad; de modo que debe castigarse este delito en todo caso que aparezca como probado el parentesco, aun por otros medios que la ley civil establece. Se acordó, en consecuencia, no consignar la limitación indicada. En otras palabras, la regulación que la ley civil había hecho de la filiación ilegítima fue objeto de una modificación conceptual al ser receptada por la ley penal.

"Hay aun, entre varios otros, un buen ejemplo de este mismo fenómeno. Cuando el artículo 74, inciso 2º, del Código Civil establece que 'la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás', no está refiriendo sus efectos sino al campo civil, porque si debiera entenderse que también los envía al sector penal, resultaría que no habiendo existido nunca la criatura que muere en el claustro materno sería imposible darle muerte, y ello conduciría, por obra de una simple ficción, a la impunidad de un hecho real como es el aborto.

"Estas consideraciones conducen pues a la conclusión de que el Derecho Penal, así como no ha concebido la ilegitimidad del hijo en el mismo sentido que el Código Civil y ha partido de concepciones diversas para determinar los efectos de la cesación de la vida intrauterina, ha podido también receptar la palabra 'cónyuge' en un sentido propio, sentido que le está infundido, en el artículo 390, por la licitud efectiva o material y no simplemente putativa o aparente del vínculo que protege y por el conocimiento de las condiciones de esa relación por parte del hechor.

"4º. Que uno de los objetos jurídicos del delito de parricidio (uxoricidio), aquello que daña y que es causa de la tutela

penal, es la relación o vínculo de matrimonio; peor el Derecho Penal no protege esa relación cuando se contrae existiendo con anterioridad otro vínculo no disuelto; por el contrario, tal conducta es castigada como delito (artículo 382). No hay pues en ese evento un valor jurídico que acoja, sino un disvalor que proscribe de la tutela.

"Se sigue de lo dicho que cuando el artículo 390 sanciona con la pena de muerte al que mata a su cónyuge, acogiendo así el vínculo matrimonial como un valor especial que se añade al de la vida, no se refiere al cónyuge cuya vinculación él mismo castiga: esa relación ilícitamente contraída no está tutelada sino prohibida. Por tanto, la conducta que en este proceso se juzga no encuadra en el tipo que describe el parricidio, sino que es constitutiva de simple homicidio, porque con ella no se ha violentado el vínculo matrimonial que se protege en el artículo 390, pero sí la vida de otro ser (artículo 390 Nº 2º). La actividad delictuosa no resulta especialmente antijurídica por sobre la significación penal que tiene el atentado contra la vida.

"Una apreciación diversa llevaría a la verificación de que la ley penal sería contradictoria consigo misma, pues al propio tiempo que prohíbe una vinculación matrimonial ilícita, castigándola como delito, la concebiría como un valor al que presta la mayor protección, puesto que a esta finalidad serviría con la sanción más grave de todo el sistema.

"5º. Que también exige la ley que el hechor ha de conocer las relaciones que lo ligan con la víctima, es decir, el agente debe conocer el contenido especialmente antijurídico de su conducta, lo cual implica tener conciencia de la contradicción entre aquélla y el valor que el derecho protege. Se ha dicho ya que la reo supo que Mora, con quien se había casado un año antes, estaba ligado a su primera mujer, y que sobre ella pendía la amenaza de un proceso por bigamia ya iniciado. Sabía pues que Mora era su cónyuge, pero conocía al mismo tiempo que no lo era sino en virtud de un acto ilícito que la ley castiga y en el cual ella había intervenido como consecuencia de un engaño.

"6º. Que, para concluir que el delito que le es imputable a Guillermina Toledo Manríquez es constitutivo de homicidio y no de parricidio, es preciso hacer todavía una aclaración.

"Se ha establecido, con la causa Nº 163.020 del 4º Juzgado Civil de Mayor Cuantía, tenida a la vista, que tres meses antes de los hechos Guillermina Toledo demandó a Humberto Mora la nulidad de matrimonio por la causal de vínculo matrimonial no disuelto. El juicio es adelantado hasta dejarlo en punto de ser recibido a prueba el 8 de noviembre de 1962. Cometido el crimen, queda no obstante la causa en suspenso, siendo examinada por el juez que conoce de este proceso. En abril de 1964 se pide la designación de un curador *ad litem,* requisito que se había omitido no obstante ser la actora menor de edad; el juez accede al nombramiento del curador, pero deja sin efecto todo lo obrado, debido a que al interponer la demanda Guillermina Toledo había actuado sin la capacidad necesaria. Después se pide que la demanda se notifique a la primera cónyuge, Laura Rosa Vega, pero el juez exige que se determine quiénes son los herederos de Mora. Como éstos no pudieron ser determinados, ya que no se ha solicitado la correspondiente posesión efectiva, la defensa de la reo se desiste de la cuestión civil previa que había planteado en este juicio, relacionada con la nulidad de matrimonio, y en esta virtud el juez dictó la sentencia condenatoria.

"7º. Que el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales establece que 'si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley penal estime para definir del delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor, el juez del crimen se pronunciará sobre tal hecho'. 'Pero las cuestiones sobre validez de matrimonio... serán juzgadas previamente por el tribunal a quien la ley tiene encomendado el conocimiento de ellas'.

"En el artículo 390 del Código Penal el hecho civil que se estima para tipificar el delito de parricidio (uxoricidio) es la relación conyugal que liga a la víctima con el hechor. Pues bien, generalmente, tratándose de un delito perseguido como tal parricidio, la cuestión sobre validez del matrimonio hará aplicable el artículo 173 mencionado porque la cuestión sobre la validez sólo podrá ser apreciada por el juez civil, único competente, y la decisión de ella incidirá o no en la calificación del

delito; así ocurrirá, por ejemplo, respecto de los matrimonios celebrados con los vicios que se indican en los artículos 4º, números 2, 3, 4, y 5º, 6º, 7º y 32 de la Ley de Matrimonio Civil, vicios que no son al mismo tiempo ilícitos penales. Pero si la cuestión sobre validez de matrimonio reposa en un hecho que no sólo tiene carácter civil, sino que es a la vez un hecho que produce una relación matrimonial castigada por el Derecho Penal, como ocurre en los casos de bigamia y otros, y se resuelve previamente mediante la interpretación de la ley penal sustantiva que los que así están unidos no son cónyuges para la especial finalidad del artículo 390 del Código Penal, no opera ese artículo 173; pues la falta de decisión civil sobre la nulidad no es en este caso obstáculo para la aplicación de la ley penal, ya que resulta inocua para tales efectos. No nos encontramos ya ante un hecho de puro carácter civil que deba ser resuelto únicamente dentro de la competencia del juez en lo civil, sino ante un hecho que tiene asimismo carácter de ilícito penal y que en esa calidad debe ser apreciado por el juez del crimen para determinar, no solamente la culpabilidad de la reo, sino también la calificación del delito, examinando la conducta tanto desde el punto de vista del tipo descrito por la ley como de la antijuridicidad que le es atribuible. La conclusión a que llegue el juez del crimen al analizar el vicio que lo es también de carácter civil, no producirá naturalmente efectos *erga omnes*, sino en el proceso y para el especial objeto del juzgamiento del caso.

"8º. Que a lo dicho debe agregarse que, según se ha dejado establecido, de todos modos la reo había propuesto ya ante la justicia civil la nulidad del matrimonio y que no pudo obtener una decisión por obstáculos que no dependieron de ella sino de la forma como su defensa dedujo la demanda y de la dificultad para continuarla o seguir un nuevo juicio contra los herederos del occiso, antecedentes de hecho que concurren a hacer más necesario el examen que relativamente a la calidad jurídica del matrimonio que con aquél unía a la reo se ha formulado.

"9º. Que la confesión de Guillermina Toledo, referida sucintamente en el considerando 2º de la sentencia de primera instancia, acredita su participación en el hecho que se le incrimina, porque ha sido prestada libre y conscientemente ante el

juez de la causa y se encuentra acorde con los demás antecedentes del proceso, en especial con los señalados en los fundamentos 1º a 5º del mismo fallo.

"10º. Que, examinadas las facultades mentales de la reo, el Instituto Médico Legal en el informe de fs. 102 concluye que presenta una debilidad mental psicopática; que actuó en el delito privada momentáneamente de razón por impulso irresistible, originado en la situación misma y enfrentada a una capacidad de control ya antes muy disminuida, por lo que, en su concepto, el caso debe 'asimilarse' a lo contemplado en el artículo 10, Nº 1 del Código Penal.

"A su vez, el Departamento de Criminología (fs. 131) informa que no acusa la reo en la actualidad ni en la época de la comisión del delito síntomas de psicosis 'locura', correspondiendo su nivel intelectual al de normalidad, sin que haya pérdida del juicio de realidad (no es 'demente'); que padecía, cuando cometió el delito, de una grave psiconeurosis reactiva, de naturaleza depresivo-ansiosa, derivada de una personalidad patológicamente estructurada (inmadurez, inseguridad, represión) y de su propio conflicto familiar, de manera que actuó bajo el imperio de una intensa crisis emocional cuyos ingredientes fueron obviamente aumentados por su estado psíquico, todo lo cual implica, en su concepto, que actuó bajo la fuerza de un impulso que no pudo criticar ni controlar, virtualmente sin 'voluntariedad' delictiva.

"11º. Que, para determinar y apreciar el estado psíquico y pasional con que actuó Guillermina Toledo Manríquez es preciso tener en cuenta, además, que Mora la desposó cuando ella tenía quince años, engañándola en cuanto a la circunstancia de ser casado; que el saber esta circunstancia produce en su estado de ánimo un impacto apreciable, que contribuye a desmejorar las relaciones con aquél, hasta que decide ir a vivir con la hija que entretanto ha nacido, a casa de sus padres; que Mora no la auxilia económicamente; que se sustancia en su contra un proceso por bigamia, a requerimiento de la primera mujer; que Mora sigue ejerciendo influencia sobre ella, con tal fuerza que durante la separación de hecho se juntan por breves horas y concibe ella un nuevo hijo, situación en la que tampoco es

auxiliada por él, y que Mora visita la casa de una nueva novia a la que también pretende hacer su mujer, y es al término de una de esas visitas que la reo actúa, después de tener una corta discusión con la víctima.

"12º. Que los informes psiquiátricos agregados a los autos no comprueban la existencia de un trastorno mental tan grave que la tuviere privada a la reo totalmente de la razón a la época de los hechos. El informe de fs. 102 da cuenta sólo de una debilidad mental media, y en todo caso está contradicho en este aspecto por el de fs. 131. La acusada no es oligofrénica, ni padece de otra enfermedad que por sí sola signifique privación de la razón o que sea suficiente para estimar que su capacidad de razonamiento y de determinación estaba disminuida formando un cuadro patológico independiente de su actuación pasional, de manera que no cabe eximirla de responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el Nº 1º del artículo 10 del Código Penal, ni atenuarla considerando su imputabilidad disminuida en los términos que prescribe el artículo 11 Nº 1 en relación con la disposición recién citada.

"Actuó sí Guillermina Toledo, según se desprende de los propios informes médicos y de los demás antecedentes mencionados, en un estado pasional que, no obstante, no la ha privado totalmente de sus facultades.

"Tal estado no es constitutivo de la eximente que establece el Nº 9 del artículo 10, pues esta disposición se refiere a la fuerza que obra sobre el sujeto o procura vencer su voluntad, pero no a los estados anímicos especiales no provocados del propio sujeto. En este caso, ese estado, que no tuvo la gravedad necesaria, a juicio del Tribunal, para llegar a convertirse en un paroxismo pasional que privara totalmente de juicio a la menor, constituye arrebato y obcecación provocados por su situación frente a la víctima superpuesta a su estado psiconeurótico, lo cual atenúa su responsabilidad en los términos previstos en el artículo 11 Nº 5 del Código del ramo.

"Visto, además, lo dispuesto en los artículos 39 y 390 Nº 2º del Código Penal, 459, 473, 481, 514 y 527 del de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia de veinte de marzo último, escrita a fojas 141, con declaración de que *Leontina Guillermina*

del Carmen Toledo Manríquez queda condenada a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo[...] como autora del delito de homicidio...".

2. TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES

ROL Nº 33
PROYECTO DE LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE TRIBUNAL CALIFICADOR DE ELECCIONES
Santiago, veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Vistos:

Mediante oficio reservado Nº 6583/296, de 25 de julio último, la Honorable Junta de Gobierno ha enviado a este Tribunal, para los efectos previstos en el Nº 1º del artículo 82 de la Constitución Política de la República, el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, aprobado en sesión legislativa celebrada el 16 del mismo mes de julio y por S.E. el Presidente de la República, según consta del oficio reservado Nº 13.220/390, de 23 de julio último.

Por resolución de 14 de agosto del año en curso, se ofició a la Honorable Junta de Gobierno a fin de que remitiera a este Tribunal "el mensaje de S.E. el Presidente de la República con el informe técnico correspondiente, el informe emitido por la Secretaría de Legislación, las actas de la Comisión que estudió el proyecto, el informe de dicha Comisión y las actas de las sesiones en que se debatió en la Honorable Junta dicho proyecto de ley". Con fecha 22 de agosto último se recibieron los antecedentes solicitados a la Honorable Junta de Gobierno.

Se trajeron los autos en relación.

Y teniendo presente:

1º Que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución Política de la República, los Poderes Colegisladores han aprobado el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones que dicha disposición contempla;

2º Que, al deteminar el proyecto de ley las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones en su artículo noveno, letra e) se refiere a aquellas que "le encomienden la Constitución Política y las leyes". En la misma forma, el artículo décimo alude a las facultades que "le confiere la Constitución Política y las demás materias que le señalen las leyes". Pues bien, estas referencias a "las leyes" deben entenderse dirigidas a leyes orgánicas constitucionales, puesto que las atribuciones del Tribunal sólo pueden estar regladas en leyes de tal carácter, según deriva del contexto del artículo 84 de la Constitución Política de la República;

3º Que, analizado el referido proyecto de ley para determinar si su contenido se ajusta a los preceptos de la Constitución Política de la República, es necesario destacar que su artículo segundo, inciso segundo, dispone que los miembros del Tribunal serán elegidos o designados por la Corte Suprema, la cual se reunirá, con tal objeto, en pleno extraordinario. El inciso tercero del mismo precepto establece que dicho pleno extraordinario deberá realizarse, a lo menos, con treinta días de anticipación a la fecha en que los miembros del Tribunal que se encuentren en ejercicio del cargo deban cesar en sus funciones;

4º Que el artículo segundo, inciso sexto, del mismo proyecto de ley dispone que los miembros del Tribunal prestarán juramento o promesa de cumplir la Constitución y las leyes al día siguiente hábil de su designación ante el Secretario relator del Tribunal y asumirán de inmediato sus funciones;

5º Que al interpretarse en conjunto las normas del proyecto de ley que se han señalado se constata que el inciso sexto del artículo segundo se aparta parcialmente del texto constitucional. En efecto, si los nuevos miembros del Tribunal Calificador de Elecciones designados por la Corte Suprema reunida en pleno extraordinario con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que los antiguos miembros del mismo Tribunal han de cesar en el ejercicio de sus cargos, deben prestar juramento o promesa de cumplir con la Constitución y las leyes al día siguiente hábil de su designación, asumiendo de inmediato sus funciones, resulta evidente que van a comenzar a ejercerlas mientras todavía se encuentran haciéndolo aquellos a quienes

están llamados a reemplazar. De este modo, temporalmente, van a tener el carácter de miembros en ejercicio del Tribunal, en forma simultánea, los que han de cesar en sus cargos y aquellos designados para ocupar su lugar, lo que pugna con el artículo 84 de la Constitución Política que establece un Tribunal compuesto únicamente por cinco miembros.

En consecuencia, es necesario concluir que la oración que dice "al día siguiente hábil de su designación", y aquella que más adelante expresa "y asumirán de inmediato sus funciones" contenidas en dicho inciso sexto, son inconstitucionales por vulnerar el artículo 84, inciso segundo, de la Constitución Política de la República;

6º Que para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos final y 1º transitorio del proyecto en estudio, es necesario previamente determinar el sentido y alcance de las normas constitucionales que se relacionan con la materia, a fin de resolver si los citados artículos se encuentran o no en pugna con dichas normas.

El precepto constitucional directamente vinculado con esos artículos del proyecto, está contenido en la disposición decimoprimera transitoria de la Carta Fundamental que se refiere a la época en que entrará a regir el artículo 84 de la Constitución. Esta norma, por su parte, se encuentra relacionada con el artículo 18 y con las disposiciones transitorias vigésima séptima, inciso final, decimoctava, letra A, y vigésima primera letra d), inciso 2º, de la Carta Fundamental;

7º Que la disposición decimoprimera transitoria de la Constitución establece:

"El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha";

8º Que en un primer análisis de este precepto, en conformidad a su estricto tenor literal, y con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental, conduce a pensar que el artículo 84 de la Constitución y las normas legales que lo complementan entrarán a regir, sin excepciones ni limitaciones

de ninguna especie, en la fecha que señale la Ley Orgánica Constitucional respectiva, con motivo de la primera elección de diputados y senadores. De esta manera, la vigencia del artículo 84 se vincularía exclusiva y directamente con la referida elección de parlamentarios;

9º Que, sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisible, porque ella está en pugna o contradice el artículo permanente y las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental que a continuación se señalan:

a) el artículo 18, que establece el "sistema electoral público",

b) la disposición transitoria vigésima séptima, inciso final, que dispone la realización de un plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie sobre la proposición de la persona que desempeñará el cargo de Presidente de la República, en el próximo período presidencial; y

c) las disposiciones transitorias decimoctava, letra A), y vigésima primera, letra d), al establecer que, durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entren en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, las reformas constitucionales que se acuerden sólo tendrán eficacia si son aprobadas por un plebiscito;

10º Que el artículo 18 de la Carta Fundamental, que establece "un sistema electoral público", se encuentra vigente como lo demuestran el precepto final y el inciso 2º de la disposición decimotercera transitoria de la Constitución Política. En consecuencia, dicho artículo y su respectiva Ley Orgánica Constitucional deben aplicarse plenamente a los actos plebiscitarios que se realicen, ya sea antes o después de la primera elección de senadores y diputados;

11º Que lo anterior, sin embargo, no podría cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimera transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la Ley Orgánica Constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plebiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal, a quien le

corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos;

12º Que la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima. Respecto de sus funciones se ha expresado: "Calificar" una elección es, por lo tanto, apreciar o determinar las calidades de ella y las circunstancias en que se ha realizado, a fin de establecer si se ha seguido fielmente los trámites ordenados por la ley y si el resultado corresponde a la voluntad realmente manifestada por los electores, en una decisión libre y sin coacciones. El Tribunal Calificador ha dicho que es "establecer si la elección se ha verificado en conformidad a las disposiciones que la rigen y así poder declarar, no sólo quienes han resultado elegidos, sino también si lo han sido legítimamente" (sentencia de mayo de 1949, cons. 2 Nulidad Candidatura de don Juan Lamatta González), (Silva Bascuñán Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional,* tomo II, página 184). Estos razonamientos expresados a propósito de las funciones del Tribunal Calificador respecto de las elecciones son, en su esencia, igualmente válidos para los actos plebiscitarios;

13º Que, en otro orden de materias relacionadas con la anterior, también quedan en evidencia las contradicciones que origina la interpretación que se analiza. En efecto, de conformidad con la disposición vigésima séptima transitoria de la Constitución, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros titulares, o a falta de unanimidad de ellos el Consejo de Seguridad Nacional integrado, además, por el Contralor General de la República, deberán proponer al país la persona que ocupará el cargo de Presidente de la República en el próximo período presidencial. Tal proposición está sujeta a la ratificación ciudadana para cuyo objeto deberá efectuarse un plebiscito "que se llevará a efecto en la forma que disponga la ley".

Esta "ley" a que alude la disposición citada es, sin lugar a dudas, la Ley Orgánica Constitucional a que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, ya que es ella, precisamente, la que debe regular la forma en que se realizarán los procesos plebiscitarios en todo lo no previsto por la Constitución;

14º Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de ese acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones ad hoc, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a "un" tribunal determinado.

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo de normas de la futura institucionalidad;

15º Que demostrado que el plebiscito antes referido debe celebrarse de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional a que se refiere el artículo 18 de la Carta Fundamental, resulta igualmente demostrado que el Tribunal Calificador de Elecciones deberá estar en funciones para conocer de ese acto plebiscitario, ya que es el requisito necesario para que el señalado artículo 18 reciba cabal y completa aplicación, según quedó evidenciado en los considerandos décimo a decimosegundo de esta sentencia;

16º Que lo expuesto en los dos razonamientos precedentes deja de manifiesto la contradicción a que conlleva la interpretación aislada de la disposición decimoprimera transitoria, ya que conforme a ella el Tribunal Calificador de Elecciones, con todas sus atribuciones, sólo entraría en funciones con motivo de la primera elección de parlamentarios, esto es, en todo caso, con posterioridad al plebiscito que debe efectuarse para que la ciudadanía se pronuncie sobre la proposición de la persona que

desempeñará el cargo de Presidente de la República en el próximo período presidencial y, en cambio, de acuerdo al artículo 18 y a la disposición vigésima séptima transitoria de la Carta Fundamental, ese Tribunal debe estar habilitado para conocer de dicho acto plebiscitario;

17º Que, por último, lo propio ocurre respecto del plebiscito a que se refieren las disposiciones transitorias decimoctava, letra A), y vigésima primera letra d). En efecto, de conformidad a estas normas, las reformas constitucionales que se acuerden en el ejercicio del Poder Constituyente sólo tendrán eficacia si son aprobadas por plebiscito, el cual se llevará a efecto conforme a las reglas que señale la ley. Esta ley a que se refiere el precepto es, sin lugar a dudas, la Ley Orgánica Constitucional contemplada en el artículo 18 de la Carta Fundamental, como lo demuestran las mismas razones expuestas en los considerandos precedentes. Sólo cabe agregar que este procedimiento de reforma constitucional rige para el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria y hasta que entren en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, es decir, durante un tiempo en el cual no estaría en funciones el Tribunal Calificador de Elecciones de aceptarse la interpretación que se analiza;

18º Que lo expuesto en los considerandos precedentes lleva a la siguiente conclusión final: si la preceptiva constitucional y legal relativa al Tribunal Calificador de Elecciones no entra en vigencia, oportunamente, para que este Tribunal pueda conocer de los plebiscitos a que nos hemos referido quedan sin poder aplicarse, razonablemente, los artículos 18 y 84, y las disposiciones transitorias decimoctava, letra A), vigésima primera, letra d), y vigésima séptima, inciso final, de la Constitución Política de la República;

19º Que una interpretación que conlleve a tal conclusión resulta definitivamente inadmisible. La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella;

20º Que en otro orden de ideas también resulta conveniente tener presente que postergar del todo la vigencia del artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, hasta la primera elección de senadores y diputados, importa implícitamente diferir para esa fecha la aplicación del régimen jurídico concerniente a los partidos políticos, ya que nuestra tradición constitucional y los anteproyectos de ley elaborados sobre la materia demuestran que al Tribunal Calificador de Elecciones le corresponden atribuciones esenciales en el procedimiento de su inscripción en el registro respectivo y de concesión de personalidad jurídica (artículo 20 incisos 5º y 12º de la Ley 14.852 y artículos 15, 27, 28, 34, 38, 41, 49, 52, 58 y 59 del anteproyecto de Ley de Partidos Políticos elaborado por el Consejo de Estado y la Comisión Asesora para el estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales enviado al Presidente de la República el 23 de abril de 1984);

21º Que analizada la disposición decimoprimera transitoria de la Carta Fundamental, a la luz de lo expuesto en los considerandos precedentes, fuerza es concluir que el artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que señale su ley respectiva en relación a la primera elección de senadores y diputados, salvo en lo concerniente a los plebiscitos y a los partidos políticos, materias respecto de las cuales el citado artículo 84 regirá, con la anticipación debida, que establezca esa misma ley, a fin de que el Tribunal Calificador de Elecciones pueda conocer de ellas;

22º Que determinado el sentido y alcance de los preceptos constitucionales que establecen la fecha de vigencia del artículo 84 de la Carta Fundamental, corresponde examinar los artículos final y 1º transitorio del proyecto remitido, a fin de resolver si ellos están conformes o son contrarios a dicha normativa constitucional.

La disposición final del proyecto en estudio establece: "El artículo 84 de la Constitución Política y la presente ley entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que deba realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados". En concordancia con lo anterior, el artículo 1º transitorio del mismo proyecto prescribe: "Para los efectos de la primera

designación de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones, el pleno extraordinario a que se refiere el artículo 2º de esta ley, deberá realizarse con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados";

23º Que comparados dichos artículos del proyecto con lo preceptuado por la Constitución Política de la República sobre esta materia, el vicio de inconstitucionalidad que los afecta resulta manifiesto. En efecto, las citadas disposiciones del proyecto vulneran la Carta Fundamental, porque postergan la vigencia de la normativa constitucional y legal relativa al Tribunal Calificador de Elecciones, sin excepciones, para la época en que debe realizarse la primera elección de parlamentarios. Ello, no obstante, que esa normativa jurídica deberá estar en vigor, parcialmente, a fin de que el señalado Tribunal conozca de los plebiscitos que deban o puedan realizarse con antelación a dicho acto como así también, si fuera procedente, para ejercer las atribuciones que le confiera la Ley Orgánica Constitucional sobre partidos políticos;

24º Que las demás disposiciones del proyecto no son contrarias a la Constitución Política de la República.

Y, visto lo prescrito en los artículos 18, 19, Nº 15, inciso 5º, 82 Nº 1º e inciso 3º, 84 y en las disposiciones transitorias decimoctava, letra A), vigésima primera, letra d), vigésima segunda y vigésima séptima, inciso tercero de la Carta Fundamental,

SE DECLARA:

1) que el inciso 6º del artículo 2º del mencionado proyecto de ley es inconstitucional en las siguientes frases: a) "al día siguiente hábil de su designación" y b) "y asumirán de inmediato sus funciones" y, en consecuencia, éstas deben ser eliminadas;

2) que el artículo final y el artículo 1º transitorio del proyecto remitido son inconstitucionales y, por ende, deben ser eliminados; y

3) que las demás disposiciones del proyecto son constitucionales.

Acordada, en cuanto a la decisión segunda, de la sentencia, con el voto en contra de los Ministros señores Ortúzar, Aburto y Urzúa, quienes estuvieron por considerar constitucionales los

preceptos del artículo final y 1º transitorio del proyecto, por las siguientes razones:

El artículo 84 de la Constitución, en su inciso 1º dispone, textualmente:

"Artículo 84. Un tribunal especial, que se denominará Tribunal Calificador de Elecciones, conocerá del escrutinio general y de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores; resolverá las reclamaciones a que dieren lugar y proclamará a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conocerá, asimismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley".

La disposición decimoprimera transitoria de la Carta Fundamental relativa a la vigencia del citado artículo 84, por su parte, prescribe:

"Decimoprimera. El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha".

La disposición transitoria transcrita vincula así directamente la vigencia del artículo 84 relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, con la oportunidad de la primera elección de senadores y diputados, ya que según ella el artículo 84 debe comenzar a regir con ocasión de esta primera elección en la fecha que corresponda, de acuerdo con la ley respectiva, y de modo que sus miembros deban estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha.

La ley respectiva a que se refiere la citada disposición transitoria es, obviamente, la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones y a ella corresponde por mandato de aquella disposición fijar la fecha en que debe comenzar a regir el artículo 84 y establecerla con ocasión de la primera elección de senadores y diputados y con la anticipación necesaria para que sus miembros sean designados con treinta días de anticipación.

"Ocasión", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa: "Oportunidad o comodidad de tiempo o lugar que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa y causa o motivo por que se hace o acaece una cosa".

En el caso de que se trata, la oportunidad o la causa o motivo que debe considerar la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones para fijar la fecha en que debe comenzar a regir el artículo 84, es la primera elección de senadores y diputados, debiendo sus miembros estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha. Y no puede afirmarse que el artículo 84 tenga vigencia inmediata por no figurar entre los preceptos que, según la disposición vigésima primera transitoria de la Constitución, no tendrán aplicación durante el período de transición, y ello por dos razones concluyentes:

1) Porque la vigencia del artículo 84 está determinada por un precepto especial y que es, como se ha visto, la disposición decimoprimera transitoria; y

2) Porque de acuerdo con la disposición vigésima primera transitoria, letra e), no tiene aplicación ningún precepto permanente de la Constitución que sea contrario a las disposiciones que rigen el período presidencial a que se refiere la disposición decimotercera transitoria.

La disposición decimoprimera transitoria es, pues, a juicio de los Ministros que constituyen la minoría del Tribunal de meridiana claridad.

Corresponde, ahora, establecer si los artículos final y 1º transitorio del proyecto en estudio se ajustan o no al mandato de la disposición decimoprimera.

El artículo final dice textualmente lo siguiente:

"Artículo final. El artículo 84 de la Constitución Política y la presente ley entrarán en vigencia sesenta días antes de la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados".

Por su parte el artículo 1º transitorio prescribe:

"Artículo 1º. Para los efectos de la primera designación de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones, el pleno extraordinario a que se refiere el artículo 2º de esta ley, deberá realizarse con treinta días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que debe realizarse la convocatoria a la primera elección de senadores y diputados".

Ambos preceptos cumplen estrictamente con lo prescrito en la disposición decimoprimera transitoria, porque fijan la fecha de vigencia del artículo 84 con ocasión de la convocatoria a

la primera elección de senadores y diputados y con la anticipación necesaria para que sus miembros deban estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha.

En consecuencia, los artículos en referencia se ajustan plenamente al precepto de la disposición decimoprimera transitoria de la Constitución.

La historia fidedigna del establecimiento de los artículos final y 1º transitorio confirman la constitucionalidad de estos preceptos.

En efecto, en el mensaje del Ejecutivo se contemplaba un artículo transitorio que hacía regir el Tribunal Calificador de Elecciones para la consulta plebiscitaria presidencial a que se refiere la disposición vigésima séptima transitoria de la Constitución.

Al respecto el artículo 1º transitorio, en su inciso 1º, disponía:

"Artículo 1º. Si se convocare a plebiscito antes de la constitución del primer Tribunal Calificador de Elecciones, el Tribunal se constituirá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2º de la ley, treinta días antes de su realización".

Y el artículo 2º se refería precisamente al Tribunal Calificador de Elecciones del artículo 84 de la Constitución.

Ahora bien, las Comisiones Legislativas Conjuntas y la Honorable Junta de Gobierno estimaron inconstitucional este precepto por contravenir la disposición decimoprimera transitoria de la Constitución.

En el texto propuesto por la Comisión Conjunta se suprimió este artículo por considerarse contrario a la norma constitucional que regula la materia.

Al efecto se dice literalmente en las páginas 55, 56 y 57 del informe emitido por la Comisión Conjunta –y que consta de las actas respectivas–, lo siguiente:

"Sostiene la Comisión Conjunta que del análisis del precepto constitucional recién transcrito, se concluye que si bien la ley orgánica en comentario puede señalar la fecha en que comenzará a regir el artículo 84 de la Constitución –que es la disposición base en que descansa la existencia del Tribunal–, dicha fecha debe establecerse en función de la primera elección de senadores y diputados. En consecuencia, no podría relacionarse con un plebiscito, por no estar éste destinado a un

proceso eleccionario de parlamentarios, razón por la cual estimó que el artículo 1º transitorio de la iniciativa es contrario a la Carta Fundamental".

"Se tuvo en consideración, por otra parte, que los plebiscitos a que se hace mención en las disposiciones transitorias de la Constitución, únicos posibles de tener lugar antes del primer proceso eleccionario de senadores y diputados, son los establecidos por los artículos 18, letra A, y 27, transitorios del Texto Fundamental".

"El primero de ellos, relativo a la aprobación del ejercicio del Poder Constituyente, 'se llevará a efecto conforme a las reglas que señale la ley'. El segundo, que se refiere a la ratificación que debe efectuar la ciudadanía de la proposición de la persona que ocupará el cargo de Presidente de la República en el período presidencial siguiente al referido en la disposición decimotercera transitoria, también se llevará a efecto en la forma que disponga la ley".

"De lo anterior se desprende claramente que, en ambos casos, la ley que debe regular el plebiscito es una ley simple".

"No obstante lo anterior, la Comisión Conjunta estudió la posibilidad de sustituir el artículo en análisis por otro que estableciera un Tribunal Calificador para la eventualidad de los plebiscitos señalados, pudiendo dicho Tribunal tener las mismas características del regulado en el presente proyecto de ley. Sin embargo, se desestimó dicha alternativa por cuanto se trataría de materias en absoluto distintas a las que deben ser objeto de la Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, ya que ésta está destinada a regular sólo los procesos electorales y plebiscitarios que se produzcan con ocasión y a partir de la primera elección de senadores y diputados".

"Estima, asimismo, que el Tribunal llamado a calificar los referidos procesos plebiscitarios que pudieran tener lugar antes del proceso eleccionario citado, no sería el mismo Tribunal establecido con carácter permanente en la Constitución, sino que otro distinto, aun cuando se le dieran similares características".

La opinión de las Comisiones Conjuntas que dio lugar a los artículos 1º y 2º transitorios del proyecto en estudio, fue aprobada por la Honorable Junta de Gobierno, según aparece de las páginas 27 y 28 del acta correspondiente.

Los Ministros que suscriben este voto de minoría concuerdan plenamente con el criterio de las Comisiones Conjuntas y de la Honorable Junta de Gobierno señalados precedentemente y estiman que los preceptos indicados son constitucionales, ya que se limitan a dar cabal cumplimiento al mandato contenido en la disposición decimoprimera transitoria de la Constitución.

Se ha pretendido, para sostener lo contrario, invocar lo prescrito en los artículos 18 y 19 Nº 15 de la Constitución. El artículo 18, en su primer inciso, pertinente, dice textualmente:

"Artículo 18. Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no previsto por esta Constitución, y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos".

Por su parte, el artículo 19, Nº 15, en su inciso 5º pertinente, expresa literalmente lo siguiente:

"Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; sus registros y contabilidad deberán se públicos; las fuentes de su financiamiento no podrán provenir de dineros, bienes, donaciones, aportes ni créditos de origen extranjero; sus estatutos deberán contemplar las normas que aseguren una efectiva democracia interna. Una Ley Orgánica Constitucional regulará las demás materias que les conciernan y las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de sus preceptos dentro de las cuales podrá considerar su disolución. Las asociaciones, movimientos, organizaciones o grupos de personas que persigan o realicen actividades propias de los partidos políticos sin ajustarse a las normas anteriores son ilícitos y serán sancionados de acuerdo a la referida Ley Orgánica Constitucional".

La sola lectura de los preceptos transcritos revela que nada tienen que ver con la vigencia del artículo 84 relativo al Tribunal Calificador de Elecciones y que no existe contradicción alguna entre esos artículos y la disposición decimoprimera transitoria.

El primero se refiere al sistema electoral público y establece que una Ley Orgánica Constitucional determinará su organización y funcionamiento y regulará "la forma" en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, "en todo lo no previsto en la Constitución".

A esta Ley Orgánica Constitucional sólo corresponde regular la forma de los procesos electorales y plebiscitarios pero no puede referirse a su calificación, ya que de ser así significaría el absurdo que el constituyente en dos preceptos de la Constitución estaría contemplando leyes orgánicas diferentes que legislarían sobre la calificación de elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores, como asimismo, de los plebiscitos.

Además de referirse el artículo 18 sólo a la forma de los procesos electorales y plebiscitarios agrega, a mayor abundamiento, "en todo lo no previsto por la Constitución", y la calificación de la consulta plebiscitaria presidencial está prevista explícitamente por el precepto de la disposición vigésima séptima transitoria al establecer que el plebiscito se llevará a efecto en la forma que disponga la ley y nada autoriza a pensar que dicha ley no va a ofrecer garantías suficientes en lo referente a la composición del Tribunal que ha de efectuar su calificación. La trascendencia y resultados de la consulta plebiscitaria presidencial estarán, pues, suficientemente garantizados por la ley.

En cuanto al artículo 19, Nº 15, su sola lectura demuestra que no se refiere en forma alguna a la vigencia del Tribunal Calificador de Elecciones contemplado en el artículo 84, sin perjuicio de que la ley orgánica constitucional referente a los partidos políticos pueda establecer un Tribunal para conocer de las reclamaciones pertinentes que puedan suscitarse, tribunal que podría ser incluso similar al del artículo 84.

La sentencia del Tribunal, en el sentido de declarar inconstitucionales los artículos final y 1º transitorio del proyecto, conduce a que se vulnere la disposición decimoprimera transitoria, no sólo por las razones señaladas precedentemente, sino porque la ley referente al Tribunal Calificador de Elecciones, al suprimir los artículos impugnados, no fijaría fecha de vigencia alguna para el artículo 84 y menos con ocasión de la primera elección de senadores y diputados.

Los preceptos constitucionales analizados precedentemente revelan que, al revés de lo sostenido en la sentencia, la disposición decimoprimera transitoria no es contraria al espíritu ni al contexto de la Constitución, sino que, a la inversa, se ajusta plenamente a éstos, ya que ha querido diferenciar la calificación de los plebiscitos que tengan lugar durante la vigencia de las disposiciones transitorias –que se rigen por las leyes respectivas que los regulan– con la calificación de las elecciones y plebiscitos que tengan lugar a partir de la plena aplicación de las disposiciones permanentes de la Carta, de las cuales corresponderá conocer al Tribunal Calificador de Elecciones del artículo 84 de la Constitución.

Por las consideraciones expresadas, los Ministros que suscriben el voto de minoría, estiman constitucionales los artículos final y 1º transitorio del proyecto de Ley Orgánica Constitucional relativo al Tribunal Calificador de Elecciones.

Redactó la sentencia el Ministro señor Eugenio Valenzuela Somarriva y el voto del Ministro señor Enrique Ortúzar Escobar.

Devuélvase el proyecto a la Honorable Junta de Gobierno rubricado en cada una de sus hojas por el Secretario del Tribunal, oficiándose.

Regístrese, déjese fotocopia del proyecto, archívese y publíquese esta sentencia en el Diario Oficial.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional integrado por su Presidente don José María Eyzaguirre Echeverría y por los Ministros señores Enrique Ortúzar Escobar, Eugenio Valenzuela Somarriva, Julio Philippi Izquierdo, Luis Maldonado Boggiano, Marcos Aburto Ochoa y Eduardo Urzúa Merino. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, José Rafael Larraín Cruz.

La sentencia recaída sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones fue publicada en el Diario Oficial del día 3 de octubre de 1985.

La Ley Orgánica Constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones fue publicada en el Diario Oficial de 15 de noviembre de 1985, bajo el Nº 18.460.

3. CARLOS SHIRIZAWA

Corte de Santiago – 19 de junio de 1963.

Cas. Fondo – 23 de diciembre de 1963.

Guzmán viuda de Shirizawa, Berta y otros con Empresa de los Ferrocarriles del Estado.

Identidad de cosa pedida (juicio de indemnización de perjuicios, depreciación monetaria, juicio de reajuste de la indemnización) – **Identidad de causa de pedir** (juicio de indemnización de perjuicios, depreciación monetaria, juicio de reajuste de la indemnización) – **Cosa juzgada** (juicio de indemnización de perjuicios, depreciación monetaria, juicio de reajuste de la indemnización) – **Indemnización de perjuicios** (reajuste de la indemnización, depreciación monetaria, cosa juzgada) – **Reajuste de la indemnización de perjuicios** (depreciación monetaria, cosa juzgada) – **Depreciación de la moneda** (reajuste de la indemnización de perjuicios, cosa juzgada) – **Moneda** (depreciación, reajuste de la indemnización de perjuicios, cosa juzgada) – **Desvalorización de la moneda** (reajuste de la indemnización de perjuicios, cosa juzgada) – **Fuentes de las obligaciones** (depreciación monetaria) – **Alza del costo de la vida** (reajuste de la indemnización de perjuicios, depreciación de la moneda, cosa juzgada) – **Costo de la vida** (depreciación de la moneda, reajuste de la indemnización de perjuicios, cosa juzgada) – **Costas del recurso de casación en la forma** (enmienda de la sentencia por la vía de la apelación) – **Recurso de casación en la forma** (costa, enmienda de la sentencia por la vía de la apelación).

DOCTRINA – CORTE DE APELACIONES

Existe identidad de cosa pedida entre el juicio de indemnización de los perjuicios sufridos por los demandantes a causa de la muerte de su cónyuge y padre legítimo, ocurrida como consecuencia de un accidente ferroviario que configuró un cuasidelito civil por parte de un dependiente de la empresa demandada, que terminó por sentencia ejecutoriada que la condenó a pagar quinientos pesos mensuales a la cónyuge

mientras no volviere a casarse, cuatrocientos pesos mensuales a la hija mientras permanezca soltera y cuatrocientos pesos mensuales al hijo hasta su mayor edad; y el juicio actual que tiene por objeto obtener se reajusten las rentas de acuerdo con la depreciación de la moneda.

La alteración de la cuantía de las prestaciones determinadas por aquella sentencia, que es, indiscutiblemente, lo que ahora se persigue, importa en el hecho pretender de nuevo que se determine la indemnización por los perjuicios sufridos por los demandantes, con motivo de la muerte de su cónyuge y padre legítimo.

Existe también entre ambos juicios identidad de causa de pedir pues no se trata en el actual de obtener el cumplimiento de obligaciones nuevas, sino simplemente de alterar la cuantía en dinero de obligaciones ya existentes y cuya fuente de origen es una sola, o sea: el hecho ilícito de una persona por quien la empresa demandada responde civilmente, de acuerdo con los preceptos contenidos en los artículos 2320 y siguientes del Código Civil; causa de pedir que es idéntica a la que se invocó en la primitiva demanda, que se tradujo en la obligación de indemnizar esos perjuicios, como lo resolvió la sentencia ejecutoriada recaída en el primer proceso.

No puede pretenderse alzar o variar el monto de una obligación de pagar una suma de dinero, salvo convención expresa de las partes o ley que así lo establezca, en función del alza experimentada por el costo de la vida.

En nuestro derecho son fuentes de las obligaciones las que en forma taxativa enumera el artículo 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria.

En consecuencia, procede acoger la excepción de cosa juzgada opuesta a la demanda.

Deducidos recursos de casación en la forma y de apelación contra la sentencia de primera instancia, procede condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación no obstante haber sido este recurso desestimado, porque de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo, toda vez que la sentencia será enmendada con arreglo a derecho por la vía de la apelación.

***Cas. Fondo** – Aun en el evento de que pudiera aceptarse que la sentencia precedente infringe el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, tal infracción no influiría en lo dispositivo del fallo dado que, por más que se admitiera que no hay cosa juzgada, no podría acogerse la demanda,*

porque, como acertadamente lo establece el fallo recurrido, en nuestro derecho no es posible incluir la depreciación monetaria entre las fuentes de las obligaciones que enumera el artículo 1437 del Código Civil.

Sentencia de primera instancia
Santiago, 28 de noviembre de 1961.
Vistos:

Doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, sin profesión, domiciliada en Avenida Portugal 254 de esta ciudad; doña Eliana Shirizawa Guzmán, sin profesión, separada de bienes; y don Carlos H. Shirizawa Guzmán, empleado, domiciliado también en Avenida Portugal 254, deducen demanda contra la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, empresa de transporte, semifiscal, con domicilio en Avenida Bernardo O'Higgins 924, 4º piso y representada por su director general don Fernando Gualda Palma, ingeniero del mismo domicilio, a fin de que en definitiva se declare:

a) Que se reajusta la sentencia vitalicia ordenada pagar por sentencia de segunda instancia y que más adelante se expresa, a doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, desde el mes de abril de 1934, y en forma acumulativa, hasta el mes de noviembre de 1959, según el certificado Nº 4.656 de fecha 17 de diciembre de 1959, expedido por el Servicio Nacional de Estadística, que se acompaña y que reproducen ampliamente en esta petición: y que se reajustan también las rentas que se devenguen en el futuro en la proporción que se indique por las respectivas alzas del costo de la vida, de acuerdo con el mismo Servicio Nacional de Estadística mes a mes; b) Que debe ajustar o reajustarse la renta que se le asignó por la sentencia aludida a favor de doña Eliana Eugenia Shirizawa Guzmán, desde el mes de abril de 1934 y en forma acumulativa y hasta el 30 de octubre de 1948, petición que se fundamenta en los mismos documentos y certificados invocados más adelante y ampliamente reproducidos en esta petición; c) Que debe reajustarse la renta que fijó la sentencia de fecha 10 de septiembre de 1942, complementada por la fecha 15 de diciembre de 1943, a favor de don Carlos H. Shirizawa, desde el mes de abril de 1934, hasta el

22 de enero de 1953 y en forma acumulativa, petición que se fundamenta también en el mismo documento y certificado invocado en la demanda y ampliamente reproducido en esta petición; d) Que el tribunal deberá fijar el plazo de segundo día una vez ejecutoriado el fallo para que la empresa demandada pague los reajustes por desvalorización de la moneda, a cada uno de los demandantes; e) Que la empresa demandada deberá pagar los intereses de las respectivas rentas desde la fecha que se debieron efectuar estos pagos; y f) Que debe condenarse a la empresa al pago de las costas de la causa.

Se funda en que por sentencia ejecutoriada de 10 de septiembre de 1942, dictada por la Corte de Apelaciones, que revocó la de primera instancia, se condenó a la empresa demandada a pagar por toda indemnización a doña Berta Guzmán de Shirizawa, una renta vitalicia de $ 500 mensuales mientras no se casara y de $ 400 mensuales a cada una de las demandantes Eliana y Carlos Heriberto Shirizawa Guzmán, la primera hasta que permaneciera soltera y el último hasta que llegara a su mayor edad por la muerte de su marido y padre respectivamente, don Carlos Shirizawa Hirokazú y desde la fecha de su muerte; que esta indemnización que se ordenó pagar, tuvo como finalidad la subsistencia del grupo familiar que quedó en desamparo económico con el fallecimiento del jefe del hogar, muerte que ocurrió por culpa de un empleado de la empresa; que por supuesto que la suma fijada que tenía esa finalidad, debía cumplir ese objetivo no solo para el valor del costo de la vida en el mes de mayo de 1934, sino para todo el lapso que la sentencia indica para cada uno de los favorecidos; que interpretada en otra forma la sentencia no tendría el valor de resguardar la subsistencia y la educación de los que quedaron indefensos en la lucha por la vida con el fallecimiento del señor Carlos Shirizawa, atropellado por un tren el 29 de abril de 1934; que desde 1934 hasta fines del año 1959, el poder adquisitivo ha sufrido una baja de casi un ciento por ciento de su valor inicial, como consta del oficio Nº4.471 de 3 de diciembre de 1959, que indica que esa desvalorización llegó el mes de septiembre de 1959 a 99,4%; que bastaría esa sola argumentación para concluir que

la indemnización otorgada sólo sirvió para la subsistencia de los damnificados de un solo mes del año 1934, abril de ese año y el espíritu de la sentencia no podía, humanamente considerada, ser ese, sino que los damnificados pudieran vivir mientras perduran las situaciones legales establecidas para cada caso. Termina expresando que conforme a lo expuesto, deduce la presente demanda en los términos ya dichos y cita en apoyo de ella los artículos 231, 234, 253, 254, 255 del Código de Procedimiento Civil y 230, 239 y 1461 del Código Civil y 116 del Código de Comercio.

Don Francisco Hoyos H. Abogado, domiciliado en Santiago, calle Teatinos 370, 4º piso, oficina 403, por la demandada, sin contestar la demanda opone la excepción de cosa juzgada, basada en que los demandantes piden modificación de una sentencia que está ejecutoriada hace muchos años, bajo el pretexto que la vida ha experimentado un alza en su costo y piden que se reajuste la pensión vitalicia ordenada pagar por esa sentencia; que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, se reúnen en el caso de autos, los tres requisitos de esa disposición legal, esto es, las partes son jurídicamente las mismas; la causa de pedir es también la misma, el hecho ilícito de los dependientes de la demandada; y el objeto pedido, igualmente la indemnización de perjuicios, cuyo monto se trata de variar numéricamente, en circunstancias que la sentencia recaída en el juicio anterior manda pagar las rentas vitalicias que indica, como toda indemnización; que los hechos en que se funda esta incidencia, dice, consta del propio proceso, la confesión de la parte demandante y por ello pide que se acoja la excepción de cosa juzgada opuesta, con costas.

Don Víctor L. González, por los demandantes, contestando la excepción opuesta, pide el rechazo de ella con costas, porque: a) nadie pretende discutir nuevamente los hechos ilícitos establecidos en el proceso, cometidos por la demandada y que determinaron al tribunal condenarla al pago de una pensión vitalicia que la sentencia fijó; que tampoco se trata de discutir la responsabilidad de la empresa ni el perjuicio ocasionado; b) lo que pretende con la acción deducida es obligar a la empresa que pague a los demandantes las cantidades que la sentencia señala en una moneda o signo monetario que tenga un verda-

dero valor adquisitivo, ya que el signo pesos, que fijó la sentencia se encuentra totalmente desvalorizado, al extremo que se ha cambiado el signo monetario; c) la desvalorización es tan notoria, que los sueldos de los Empleados Públicos y del sector privado, incluyendo los jubilados, les han sido reajustados y en este reajuste han entrado los mismos empleados de la empresa demandada y para el pago de estos últimos, la empresa ha subido los pasajes y fletes; y por consiguiente, no puede pretender ahora que se mantenga el valor de sus obligaciones o compromisos que se fijaron hace 20 años o más; d) que no se discute el hecho ilícito nuevamente y que se quebrante el principio de la cosa juzgada, porque es precisamente basado en el fallo que acogió la demanda, es que se apoya la acción para darle el valor verdadero a aquel fallo, ya que la renta vitalicia allí fijada ha perdido su objeto, dado que la desvalorización de la moneda en que se pretende pagar no corresponde al perjuicio que se pretende reparar con esa renta.

Finalmente, expresa que interpretar los hechos invocados en la demanda, como asimismo la ley, para tratar de formular la excepción de cosa juzgada, en la forma que lo hace la demanda, es tergiversarlos, darle una interpretación errónea y perjudicial y desconocer un hecho, como es la desvalorización monetaria, que la demandada ha invocado para obtener el alza de sus tarifas y el pago de mayores remuneraciones.

Se dejó para definitiva la resolución de la excepción de cosa juzgada opuesta por la demandada.

Don Francisco Hoyos H., por la empresa demandada, contestando la demanda, renueva y reproduce en todas sus partes la cosa juzgada alegada como excepción dilatoria y opone, además, la excepción de pago y de prescripción. La primera, fundada en el hecho de que las obligaciones cuyo monto se trata de reajustar, se han extinguido irrevocablemente por el pago que la demandada ha hecho de las pensiones, dentro de los plazos señalados en la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1567, Nº 1 del Código Civil; y la prescripción se basa en que consta de la espontánea confesión de los demandantes, que el accidente que diera origen a la indemnización, 29 de abril de 1934, que la acción estaría prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, que establece el plazo de cuatro años contados des-

de la perpetración del acto; que es cierto que dicha prescripción se interrumpió con la anterior demanda, pero en todo caso quedó ejecutoriada la sentencia que mandara pagar las pensiones como toda indemnización, en 1943, por lo que varias veces se ha cumplido dicho plazo de prescripción.

Termina diciendo que las pretensiones de los demandantes carecen de toda base en los hechos y en el derecho, que sus alegaciones no podrían pasar de considerarse como una crítica al legislador, que no consideró en caso alguno la posibilidad de reajustar las indemnizaciones consistentes en rentas o pensiones periódicas.

Víctor L. González, por los demandantes, replicando hace consideraciones que en nada modifican lo expuesto en la demanda, insistiendo en ella en todas sus partes.

Don Francisco Hoyos, por la empresa demandada, duplicando, reproduce las excepciones opuestas en la demanda y solicita su rechazo con costas.

No existiendo hechos controvertidos no se recibió la causa a prueba; se fijó la cuantía y se citó para sentencia.

Considerando:

1º Que los demandantes persiguen en estos autos el reajuste, conforme al porcentaje del alza del costo de la vida según el índice de precios calculados por el Servicio Nacional de Estadísticas (fojas 1 y 2), de las pensiones de cargo de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado que les fueron acordadas por sentencia ejecutoriada (expediente Nº 70.372 de este mismo juzgado, que se tiene a la vista) a título de indemnización de perjuicios con motivo del hecho cuasidelictual que causó la muerte del señor Carlos Shirizawa;

2º Que esas pensiones, decretadas a contar desde el 1º de mayo de 1934, lo fueron por el siguiente monto: $ 500 mensuales para doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, mientras no volviera a casarse; $ 400 mensuales para la hija de doña Eliana Shirizawa, mientras permaneciera soltera y $ 400 mensuales para el hijo don Carlos Shirizawa hasta su mayor edad. No se ha cuestionado por los litigantes que la primera permanece viuda; que la segunda contrajo matrimonio el 30 de octubre de 1948, y que el tercero alcanzó su mayor edad el 28 de enero de 1953;

3º[129] Que el fundamento de la demanda de autos es el hecho de que esa indemnización tuvo por finalidad –lo que no se niega ni discute– proveer a la subsistencia del grupo familiar que quedó en el desamparo económico con el fallecimiento del jefe del hogar, finalidad que se ha visto afectada y burlada por la desvalorización monetaria constante;

4º Que, teniendo en cuenta esa finalidad y la forma que se dio en el caso de que se trata a la prestación indemnizatoria –el suministro de una pensión periódica–, está fuera de toda duda que tal indemnización de perjuicios se ha ido desvirtuando año tras año en términos de que prácticamente ha dejado de ser tal;

5º Que, sin embargo, la empresa demandada ha pedido el rechazo de la demanda, con costas, argumentando fundamentalmente con la excepción de cosa juzgada, que se opuso como dilatoria (su fallo se reservó para definitiva: fojas 12) y se renovó en la contestación, excepción que se basa en el fallo ya referido que resolvió a firme sobre la indemnización, concurriendo, a juicio de esa parte, la triple identidad exigida por la ley;

6º Que esta excepción debe ser rechazada. Al oponérsela se hace, a juicio de este tribunal, un enfoque equivocado de la presente controversia. No hay fallo alguno que se haya pronunciado sobre el derecho de los demandantes al reajuste que ahora pretenden. Esta cuestión no fue resuelta por el fallo anterior, y no pudo serlo, puesto que se funda en hechos acaecidos con posterioridad a él. No se cuestiona que esa sentencia está ejecutoriada. Precisamente como tal la invocan los demandantes. Pero acá se promueve un asunto nuevo, el derecho al reajuste. La causa de pedir no es la misma. Allá lo fue el hecho ilícito. En el presente caso la revalorización de la moneda. Ni es la misma la cosa pedida. Allá lo fue una prestación indemnizatoria. En estos autos lo es el ajuste numérico, conforme a la fluctuación de la moneda, de la prestación ya decretada;

7º Que las excepciones de pago y prescripción aparecen fundamentadas igualmente en esa apreciación errónea de la reali-

[129] La sentencia de la Corte de Apelaciones sólo reprodujo los considerandos 1° y 2° de la primera instancia.

dad procesal de estos autos. Si lo que se persigue en la demanda es un reajuste que la empresa no ha pagado y se resiste a pagar, no tiene relación alguna con esta excepción de pago que se le contrapone basada en la cancelación puntual que se ha hecho de las pensiones decretadas. En cuanto a la excepción de prescripción, la que se opone está fundada en el artículo 2332 del Código Civil, según el cual las acciones por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto. Como en la especie la causa de pedir es la que ya se precisó y no el hecho ilícito, la prescripción que en esa disposición legal se reglamenta y que es la que determinadamente se opone no puede ser acogida;

8º Que si sólo resta por ver si la acción instaurada es o no procedente en derecho. La empresa demandada ha dicho que esa acción no tiene asidero alguno en la legislación positiva nacional vigente. Es cierto. Pero ella ha importado promover una cuestión contenciosa que ha de decidirse aunque no exista una ley expresa que la resuelva. Pues semejante caso se admite y se contempla en nuestro ordenamiento jurídico desde que el legislador procesal prescribe que en toda sentencia definitiva debe contenerse la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo (artículo 170, Nº 5, del Código de Procedimiento Civil). Ahora bien, si la equidad sola puede fundamentar un fallo, el caso de autos es un ejemplo típico de aplicabilidad de ese predicamento. Pues no podría sancionarse, a pretexto de no haber al respecto ley positiva, la injusticia de que han resultado víctimas los demandantes al operarse la disminución del valor adquisitivo de las pensiones que obtuvieron por fallo judicial como reparación del daño que les irrogó la muerte, en un accidente, del jefe de familia que formaban. El monto de la pensión vitalicia indemnizatoria que cobra actualmente la demandante doña Berta Guzmán –quinientos pesos al mes– constituye un sarcasmo. Si no puede responsabilizarse a los particulares del agudo proceso inflacionario ni de la falta de solución legislativa a sus desquiciadores efectos en la vida económica, destinados a dar aplicación al derecho a otorgar protección jurídica, restablecer la normalidad en los casos que se someten a su veredicto y que,

como el presente, tienen su sustentación en los principios de la equidad más elemental. Por último, ésta debe apreciarse también en relación con la situación de enriquecimiento sin causa que en el hecho está favoreciendo injustamente a la empresa demandada, pues, refiriendo esta reflexión a la pensión que está pagando a doña Berta Guzmán, el dinero que le entrega no es en la realidad sino una proporción ínfima de la cantidad que se fijó en la sentencia en relación con el valor de cambio del dinero en esa fecha, o, dicho de otro modo, la demandada está conservando en patrimonio casi todo ese valor, que, por el contrario, desembolsaría íntegro si no se hubiera producido el fenómeno de la depreciación monetaria;

9º Que en atención a los exactos términos de la litis carece de interés para la decisión la absolución de posiciones de los demandantes a fojas 18;

10º Que es útil contar que no se objetaron las cifras oficiales aducidas en la demanda sobre las variaciones del índice del costo de la vida, como quedó puntualizado en la resolución de fojas 26 vuelta;

11º Que el cobro de intereses es inatendible porque de acuerdo con la ley no los producen las rentas o pensiones periódicas.

Por estas consideraciones, y de acuerdo con los artículos 1559, regla 4. y 1700 del Código Civil; 10 del Código Orgánico de Tribunales, y 160, 170, 342 del Código de Procedimiento Civil, *se declara* que ha lugar a la demanda salvo en cuanto al cobro de intereses, que se desecha, y salvo en cuanto a la condena en costas de la parte demandada, que no procede por no haber sido vencida totalmente.

Ramón Briones T.

La Corte de Apelaciones de Santiago:
Santiago, 19 de junio de 1963.
Vistos:

Don Francisco Hoyos Henrechson, en representación de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, ha interpuesto a fojas 36, en lo principal, conjuntamente con el recurso de apelación que deduce en el tercer otrosí del mismo escrito, el recurso de casa-

ción en la forma que allí anuncia y formaliza, en contra de la sentencia definitiva de primera instancia dictada por don Ramón Briones Toledo, juez titular del Primer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de este Departamento, que lleva fecha 28 de noviembre de 1961 y que corre escrita a fojas 30 y siguientes de estos autos, a fin de que esta Corte invalide el fallo y ordene reponer en el estado de dictarse nueva sentencia por el tribunal no inhabilitado que corresponda, de conformidad con el mérito del proceso y sujeción a las leyes que rigen el caso *sub lite.*

Fundando el recurso de casación la parte demandada sostiene que el fallo en referencia ha incurrido en el vicio que contempla el Nº 6 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en haber sido dictada la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, que se alegó oportunamente en el juicio. En efecto –continúa la recurrente– consta de la sentencia definitiva de fecha 10 de septiembre de 1942, aclarada por la de fecha 15 de diciembre de 1943, dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago que rolan a fojas 152 y fojas 185, respectivamente, del expediente Nº 70.372 del Primer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de este Departamento, recaídas en el pleito caratulado "Berta Guzmán viuda de Shirizawa con Empresa de los Ferrocarriles del Estado", sobre indemnización de perjuicios, que esta última fue condenada a pagar a doña Berta Guzmán una renta vitalicia de $ 500 mensuales, otra renta mensual de $ 400 a doña Eliana Eugenia Shirizawa, mientras permaneciera soltera, y una tercera renta de $ 400 al mes a don Carlos Heriberto Shirizawa G., hasta que llegare a la mayor edad, como toda indemnización por los daños sufridos por ellos, a causa o con ocasión de la muerte de su cónyuge y padre legítimo, don Carlos Shirizawa Hirokazú, ocurrida en un accidente ferroviario imputable a dependientes de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado. Dicha sentencia definitiva quedó ejecutoriada y en virtud del fallo aclaratorio la empresa empezó a extinguir periódicamente las referidas obligaciones: con relación a doña Eliana Eugenia Shirizawa Guzmán, hasta el 30 de octubre de 1948, día en que contrajo matrimonio y a don Carlos Heriberto Shirizawa, hasta el día 22 de enero de 1953, época en que cumplió 21 años de edad, eventos previstos por el fallo para la extinción de sus derechos al cobro de la indemni-

zación correspondiente, y con respecto a la señora Berta Guzmán la empresa sigue pagando hasta hoy la renta vitalicia, porque se mantiene en su estado de viudez.

Que en esta forma –sigue diciendo la recurrente– la empresa extinguió, cumpliendo exactamente la sentencia ejecutoriada que la condenó al pago de la indemnización por la muerte de don Carlos Shirizawa, las obligaciones que resultaban de ese fallo a favor de los hijos de la víctima y continúa haciéndolo respecto de la señora viuda de Shirizawa. No obstante, las mismas personas –ya individualizadas– por la misma causa de pedir (el hecho ilícito) y con el mismo objeto pedido (la indemnización de perjuicios) han iniciado, ante el mismo tribunal que conoció de la primera demanda, nueva acción, fundándose en la disminución del poder adquisitivo de la moneda. En efecto, en la presente demanda se solicita concretamente del tribunal *a quo*, contra lo resuelto por la sentencia definitiva ejecutoriada recaída en la demanda primitiva, que se declare: a) Que se reajusta la renta vitalicia ordenada pagar por la sentencia anterior a doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, desde el mes de abril de 1934, y en forma acumulativa, hasta el mes de noviembre de 1959, según el certificado Nº 4.656 de 17 de diciembre de 1959 del Servicio Nacional de Estadística, que se acompaña, y que se reajustan también las rentas que se devenguen en el futuro en la proporción que se indique en las respectivas alzas del costo de la vida, de acuerdo con el mismo Servicio Nacional de Estadística, mes a mes; b) Que debe reajustarse la renta que se le asignó por la sentencia aludida a favor de doña Eliana Eugenia Shirizawa Guzmán, desde el mes de abril de 1934 y en forma acumulativa y hasta el 30 de octubre de 1948, petición que se fundamenta en los mismos documentos y certificados acompañados a la demanda; c) Que debe reajustarse la renta que fijó la sentencia referida a favor de don Carlos H. Shirizawa Guzmán, desde el mes de abril de 1934, hasta el 22 de enero de 1953 y en forma acumulativa, petición que igualmente se apoya en los mismos documentos y certificados acompañados a la demanda.

La sentencia recurrida –continúa argumentando la empresa demandada– haciendo tabla rasa de los más elementales principios procesales, en materia de eficacia y autoridad de las

sentencias judiciales y, especialmente, de los que reglan la cosa juzgada, ha acogido una demanda temeraria y admitido una interpretación legal que, de mantenerse, sería de incalculables y perniciosas consecuencias para el propio interés nacional y para el respeto que merecen los tribunales de justicia.

A la referida demanda –prosigue la recurrente– la empresa opuso las excepciones de pago, prescripción y cosa juzgada. Con respecto a esta última –que motiva el recurso de casación– sostiene que existe identidad legal de personas, como se comprueba con la sola lectura de la nueva demanda, ya que lo mismo que en el proceso primitivo y en las mismas calidades jurídicas, accionan doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, doña Eliana Shirizawa y don Carlos H. Shirizawa Guzmán; el objeto pedido en la primera demanda, acogida y fallada por el mismo tribunal, en la indemnización de perjuicios sufridos por los demandantes a causa o con ocasión de la muerte del cónyuge de doña Berta Guzmán y padre legítimo de Eliana y Carlos Shirizawa Guzmán. La empresa demandada fue condenada a pagar como toda indemnización por tales perjuicios las rentas que se han indicado, sin que la sentencia señalase método alguno de reajuste derivado de la depreciación monetaria, ni de ninguna otra cusa propia de las partes o ajena a ellas. La nueva demanda tiene por objeto el reajuste de las rentas determinadas en la sentencia ejecutoriada recaída en la primera demanda, o sea, ahora se trata tan sólo de reajustar el monto de una obligación que tiene como fuente indiscutible el hecho ilícito de un dependiente de la demandada. La alteración de la cuantía de la prestación impuesta por el primer fallo, que es lo que se pretende, no muda la objetiva consideración de la circunstancia de que por la nueva demanda se persigue igualmente la indemnización del perjuicio sufrido. Por consiguiente, ambas demandas, tanto la que se tradujo en una sentencia condenatoria para la empresa, como la que ahora pretende alterar el monto de la suma ordenada pagar, tienen un mismo objeto: indemnizar el perjuicio sufrido por los demandantes con ocasión de la muerte del señor Shirizawa a raíz del accidente ferroviario de que fue víctima; la causa de pedir es igualmente una sola: el hecho ilícito. La obligación de indemnizar tiene, en la especie, como causa, el cuasidelito civil y penal de un dependiente de la em-

presa demandada. No se trata de perseguir por la nueva demanda el cumplimiento de obligaciones nuevas, sino de alterar la cuantía de obligaciones ya existentes y cuya fuente es una sola; el hecho ilícito de la persona por quien la demandada responde civilmente en conformidad a los artículos 2320 y siguientes del Código Civil. No puede pretenderse alzar el monto de una obligación de dinero, en función del alza experimentada por el costo de la vida; tal alza no es fuente de obligaciones; en el derecho chileno éstas no son otras que las que taxativamente, enumeran los artículos 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria. La causa de pedir de la demanda fallada y de la nueva demanda es una misma; el hecho ilícito, esto es la fuente de la obligación de pagar perjuicios, como lo declaró la sentencia recaída en el primer proceso.

Toda otra interpretación –agrega la recurrente– es artificiosa, no descansa ni en la letra ni en el espíritu de la ley, ni mucho menos puede justificarse tratando de aplicar, como lo hace la sentencia recurrida, los artículos 10, inciso 2º, del Código Orgánico de Tribunales, y 170, Nº 5, del Código de Procedimiento Civil, con el pretexto inadmisible de que, en el caso *sub lite*, no hay ley que rija su resolución y que, en consecuencia, cabe aplicar los principios de equidad. El juez antes de entrar a ver si debía aplicar la ley o la equidad, debió comprobar si entraba o no a resolver un asunto ya decidido por sentencia con autoridad de cosa juzgada; de proceceder así habría arribado a la conclusión de que, con ley o sin ella, que reglase el asunto sometido a su conocimiento, no estaba legalmente en situación de resolverlo; porque se oponía a ello la cosa juzgada.

Por último –manifiesta la recurrente– que hizo valer en su oportunidad, como dilatoria y la renovó como perentoria, al contestar la demanda, la excepción de cosa juzgada, cumpliendo con ella la exigencia legal que contempla el Nº 6 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o sea, que alegó esta excepción en tiempo y forma, siendo ilegalmente desechada por el tribunal *a quo*, lo que autoriza el recurso de casación planteado.

Evacuados los trámites de expresión de agravios y de contestación de esta segunda instancia, se trajeron los autos en relación de los recursos de casación en la forma y de apelación.

Teniendo presente en cuanto al recurso de casación:

1º Que según aparece de la parte expositiva de este fallo, la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, demandada en el presente juicio, ha interpuesto en tiempo y conforme a los preceptos legales que reglan la materia, el recurso de casación en la forma que fundamenta en los términos que se han transcrito, sosteniendo que la sentencia recurrida adolece del vicio que contempla la causal sexta del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, o sea, que habría sido dictada contra otra sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, excepción que hizo valer oportunamente en el pleito, por cuyo motivo pide se invalide aquella y se ordene reponer la causa en el estado de pronunciase nueva sentencia por el tribunal no inhabilitado que corresponda;

2º Que consta de autos que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado alegó en la oportunidad legal la excepción de cosa juzgada; primero como dilatoria, en lo principal del escrito a fojas 8, reservando para definitiva el juez *a quo* su resolución y ordenando contestar derechamente la demanda (fojas 12), y posteriormente como perentoria, al evacuar dicho trámite en lo principal del libelo de fojas 13, punto A) del párrafo número 2 intitulado: "El Derecho", cumpliendo así con las exigencias procesales requeridas por la ley para la procedencia o admisibilidad del recurso de casación deducido;

3º Que si bien es verdad que la sentencia recurrida podría adolecer del vicio en que se fundamenta la casación, como quiera que concurrirían en la especie todos los presupuestos que señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, para que la empresa demandada pueda alegar la excepción de cosa juzgada, no es menos cierto que de acuerdo con lo prevenido en el penúltimo inciso del artículo 768 de dicho Código, podrá el tribunal desestimar el recurso de casación en la forma si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio que sólo sea reparable con la invalidación del fallo, toda vez que, en el caso de autos, se ha deducido también el recurso de apelación en contra de la sentencia atacada, lo que permitirá a esta Corte, por esta última vía, enmen-

dar con arreglo a derecho la resolución apelada, evitando así la prolongación innecesaria del pleito y los consiguientes dispendios en que deben incurrir las partes, todo lo cual va en contra de la economía procesal que los tribunales de justicia deben especialmente resguardar;

4º Que por lo expuesto en el fundamento anterior, el tribunal estima del caso hacer uso de la facultad legal contenida en el precepto indicado, y desestimar, por las razones aducidas, el recurso de casación en la forma interpuesto por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado en lo principal del escrito de fojas 36, sin perjuicio de lo que se resuelva más adelante por la vía de la apelación.

Se reproduce la parte expositiva, los considerandos 1º y 2º y la cita de los artículos 160 y 170 del Código de Procedimiento Civil del fallo en alzada: se eliminan todos sus demás fundamentos y citas legales, *y se tiene en su lugar y además presente:*

5º Que la Empresa de los Ferrocarriles del Estado ha pedido el rechazo de la demanda en todas sus partes con costas, oponiendo al efecto las excepciones de pago, prescripción y cosa juzgada, fundamentando especialmente su defensa en esta última excepción, que opuso oportunamente como dilatoria, cuya resolución se reservó para definitiva (fojas 12), y renovándola al contestar la demanda, la que apoya en la sentencia definitiva de fecha 10 de septiembre de 1942, aclarada por la de fecha 15 de diciembre de 1943, dictadas ambas por esta Corte de Apelaciones y que rolan a fojas 152 y 185, respectivamente, del expediente Nº 70.372 del Primer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de este Departamento, recaída en el pleito caratulado "Berta Guzmán viuda de Shirizawa con Empresa de los Ferrocarriles del Estado", sobre indemnización de perjuicios, que se tiene a la vista, fallos que se encuentran ejecutoriados;

6º Que para seguir un orden lógico se considerará en primer término la excepción de cosa juzgada, que la empresa fundamenta en el fallo ya referido, que resolvió la contienda sobre la indemnización de perjuicios cobrados por la primitiva demanda, ya que según lo sostiene la parte demandada entre aquel libelo y la nueva demanda, origen del presente litigio, existe la

triple identidad exigida por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que opera la excepción alegada;

7º Que es un hecho de la causa, no discutido por las partes, que en el juicio anterior accionó como demandante doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa, por sí y como representante legal de sus menores hijos, en esa época, doña Eliana Eugenia y don Carlos Heriberto Shirizawa Guzmán y que en el presente litigio invisten el carácter de demandantes doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa y doña Eliana Eugenia y don Carlos Heriberto Shirizawa Guzmán, como se comprueba con la sola lectura de ambos libelos que corren a foja 1 del expediente tenido a la vista y a fojas 3 del presente proceso; y que, en uno y otro, tiene la calidad de demandada la Empresa de los Ferrocarriles del Estado. Existe, por consiguiente, en el caso de autos, la identidad legal de personas que exige en primer término el artículo 177 a que se alude en el fundamento 6º, para que la Empresa pueda alegar la excepción en estudio;

8º Que del propio texto de la primera demanda, acogida por la sentencia firme de 10 de septiembre de 1942, escrita a fojas 152 del expediente que se tiene a la vista, aparece que el objeto pedido en ella es la indemnización de perjuicios sufridos por los demandantes a causa de la muerte del cónyuge de doña Berta Guzmán y padre legítimo de doña Eliana y de don Carlos Shirizawa G., don Carlos Shirizawa Hirokazú, ocurrida como consecuencia de un accidente ferroviario que configuró un cuasidelito civil por parte de un dependiente de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado. Ahora bien, la empresa demandada fue condenada a pagar como toda indemnización por esos perjuicios las rentas que se indican en el fundamento 2º del fallo de primera instancia, que en esta sentencia se reproduce, sin que la resolución de 10 de septiembre de 1942, que decidió el pleito anterior, señalase norma o método alguno para el reajuste de esas rentas, que pudiera derivarse de la depreciación monetaria, ni de ninguna otra causa propia de las partes o ajena a ellas. La demanda que ha originado el presente juicio, como se advierte a su simple lectura, tiene por objeto el reajuste de las rentas que determinó la sentencia firma recaída en la primera demanda, o sea, que resulta inconcuso, que actualmente

se persigue solamente reajustar el monto de obligaciones que tuvieron como fuente el hecho ilícito de un dependiente de la empresa demandada. La alteración de la cuantía de las prestaciones determinadas por aquella sentencia, que es, indiscutiblemente, lo que ahora se persigue, importa en el hecho pretender de nuevo que se determine la indemnización por los perjuicios sufridos por los demandantes, con motivo de la muerte de don Carlos Shirizawa Hirokazú;

9º Que, consecuente con lo antes expuesto, fuerza es concluir que ambas demandas, tanto la que motivó la sentencia condenatoria para la Empresa de los Ferrocarriles del Estado en el primer litigio, como la que actualmente va encaminada a alterar el monto de las sumas de dinero ordenadas pagar por aquel fallo, tienen evidentemente un mismo objeto, vale decir, indemnizar los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte del señor Carlos Shirizawa Hirokazú, a consecuencias del accidente ferroviario de que resultó víctima el 29 de abril de 1934; concurriendo así, en la especie, el segundo de los presupuestos exigidos por la ley para que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada, esto es, la identidad de la cosa pedida;

10º Que, como se ha dicho, no se trata en el caso *sub lite* de obtener por la presente demanda el cumplimiento de obligaciones nuevas, sino simplemente de alterar la cuantía en dinero de obligaciones ya existentes y cuya fuente de origen es una sola, o sea: el hecho ilícito de una persona por quien la empresa demandada responde civilmente, de acuerdo con los preceptos contenidos en los artículos 2320 y siguientes del Código Civil; causa de pedir que es idéntica a la que se invocó en la primitiva demanda, que se tradujo en la obligación de indemnizar esos perjuicios, como lo resolvió la sentencia ejecutoriada recaída en el primer proceso. No puede pretenderse –como lo sostiene acertadamente la empresa demandada– alzar o variar el monto de una obligación de pagar una suma de dinero, salvo convención expresa de las partes o ley que así lo establezca, en función del alza experimentada por el costo de la vida, a que hacen referencia los documentos de fojas 1 y 2, pues tal hecho o circunstancia no es fuente de obligaciones en el presente juicio por lo antes expresado y porque en nuestro derecho lo son

únicamente las que en forma taxativa enumeran los artículos 1437 y siguientes del Código Civil, en ninguna de las cuales está la depreciación monetaria;

11º Que, por lo tanto, concurren en el caso de autos todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para que pueda alegarse y operar la excepción de cosa juzgada opuesta en este juicio por la parte demandada, debiendo ella acogerse;

12º Que, si bien la aceptación de la excepción antes estudiada hace incompatible todo pronunciamiento sobre las demás excepciones opuestas a la demanda, para dar cumplimiento a las normas que rigen la forma en que deben expedirse las sentencias, es necesario hacer constar los siguientes hechos:

a) Que la excepción de pago opuesta por la empresa demandada no dice relación con las sumas que se pretenden obtener por la demanda, ya que en los pagos que dice haber hecho aquélla y en que funda la excepción, se refieren a las obligaciones que debió cumplir de acuerdo con la sentencia dictada en el primer litigio; y
b) Que en lo referente a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria de perjuicios, opuesta por dicha empresa conforme al artículo 2332 del Código Civil, habría transcurrido efectivamente con exceso el plazo que ese precepto establece para que opere la prescripción, contado desde el 29 de abril de 1934, día en que ocurrió el cuasidelito causante de la muerte de don Carlos Shirizawa Hirokazú.

Por estos fundamentos y de conformidad además con lo prevenido en los artículos 144 y 787 del Código de Procedimiento Civil, *se resuelve:*

1º Que se desestima el recurso de casación en la forma interpuesto por la Empresa de los Ferrocarriles del Estado en lo principal del escrito de fojas 36, en contra de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1961, con costas, en que se condena solidariamente a dicha empresa y al abogado patrocinante don Francisco Hoyos Henrechson; y

2º Que *se revoca* la misma sentencia por la que se da lugar a la demanda de fojas 3, y *se declara* que acogiéndose la excepción de cosa juzgada opuesta por la Empresa de los Ferrocarri-

les del Estado, se niega lugar a la referida demanda de fojas 3, interpuesta por doña Berta Guzmán viuda de Shirizawa y doña Eliana y don Carlos H. Shirizawa Guzmán, sin costas, por estimar el tribunal que han tenido motivos plausibles para litigar, debiendo cada parte pagar las suyas y por mitad, las comunes, si las hubiere.

Resuelta contra el voto del Ministro don Rubén Galecio en cuanto se condena a la Empresa de los Ferrocarriles del Estado y a su abogado al pago de las costas del recurso de casación en la forma, por estimar que tal decisión no es procedente en este caso, en virtud de las consideraciones que siguen:

El artículo 787 del Código de Procedimiento Civil dispone la condena en costas del recurrente de casación siempre que se declare inadmisible o sin lugar el recurso, haciendo así excepción al artículo 144, que hace cargar con los gastos al totalmente vencido en el juicio, ya que aquél los aplica sin condiciones al vencido en el recurso, entendiéndose por tal el litigante cuya casación es declarada inadmisible o sin lugar.

En este proceso el tribunal ha desestimado el recurso en virtud de lo previsto en el inciso 3º del artículo 768. Desestimar el recurso equivale generalmente a resolverlo negativamente. Sin embargo, no es este el sentido que tiene en un evento como el actual, en que el tribunal se limita a no decidirlo favorablemente en virtud de que el daño ocasionado por un vicio que realmente existe –cosa juzgada– es reparado por la vía de la apelación que el mismo recurrente interpuso, dando así a la Corte una doble oportunidad para subsanar el defecto del fallo. Desestimar no puede significar en este evento sino desarrollar la acción inversa de estimar, esto es, no dar a la causal el valor que en realidad tiene porque la Corte ha acogido la excepción de cosa juzgada, resolviendo el otro recurso ofrecido por la misma parte. En efecto, el prefijo "des" denota por regla común en nuestra lengua "negociación o inversión del significado del término simple", que en este evento es "estimar" sinónima de "apreciar, avaluar, juzgar".

Desde otro punto de vista, no encuentra justificación en la especie ninguno de los fundamentos en que la doctrina apoya la condenación en costas: no hay dolo, culpa o falta de diligencia que sancionar, ni ha sido el doble recurrente realmente ve-

nido, ni ha ejercitado la casación de manera abusiva, ni su conducta procesal por sí sola justifica la condena. De todos modos, no resulta razonable ni parece estar en el espíritu de la ley que el derecho a servirse del recurso para obtener la razón pueda volverse contra su titular cuando efectivamente tiene la razón.

Opina pues el disidente que deben recuperar aquí su vigencia las reglas generales (artículo 144), cuyo contenido permite al tribunal aplicar sus conceptos estimativos en una solución justa, como es la eximición con que son beneficiados los demandantes en esta sentencia.

Publíquese, conjuntamente con la sentencia de primera instancia.

Redactó el fallo de mayoría el Ministro señor Bórquez y el voto su autor.

Israel Bórquez M. – Rubén Galecio G.– Benjamín Rivera R.

Contra la sentencia anterior dedujeron los demandantes los recursos de casación en la forma y en el fondo.

La Corte:

Considerando en cuanto al recurso de casación en la forma:

1º Que.....[130]

Considerando en cuanto al recurso de casación en el fondo:

5º Que en el referido recurso se dan por infringidos (primera y segunda infracción) los números 2 y 3 del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que, entre otros requisitos que deben concurrir entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta para que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada, señala: 2º Identidad de la cosa pedida; 3º Identidad de la causa de pedir;

6º Que, aun en el evento de que pudiera aceptarse la infracción del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que se invoca en el recurso, tal infracción no influiría en lo dispositivo del fallo dado que, por más que se admitiera que no hay cosa juzgada, no podría acogerse la demanda, porque, como acerta-

[130] No se reproducen los considerandos relativos al recurso de casación en el fondo por carecer de interés doctrinario.

damente lo establece el considerando 10 del fallo recurrido, la obligación de pagar una suma de dinero, salvo la convención expresa de las partes o la ley que lo establezca, en función del alza del costo de la vida, tal hecho o circunstancia no es fuente de obligaciones en el presente juicio, porque en nuestro derecho no es posible incluir entre las fuentes de las obligaciones que enumera el artículo 1437 del Código Civil, la depreciación monetaria;

7º Que en el recurso se da también por infringido el artículo 2332 del Código Civil, según el cual: "Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto".

Dice, sobre el particular, el recurso que "en el considerando 12 del fallo recurrido se sostiene que habría transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 2332 del Código Civil" y "que esta disposición ha sido infringida por cuanto ella reglamenta el plazo de prescripción de las acciones que emanan de un dolo o daño y, en el caso de autos, la acción no deriva ni se fundamenta en el daño ni en el dolo de la contraria sino en el hecho de la desvalorización monetaria";

8º Que los sentenciadores acertadamente han sostenido, como se ha dicho, que la depreciación monetaria no es posible incluirla entre las fuentes de las obligaciones que enumera el artículo 1437 del Código Civil, agregando que no se trata, en el caso *sub lite*, de obtener por la demanda el cumplimiento de obligaciones nuevas, sino simplemente de alterar la cuantía en dinero de obligaciones ya existentes y cuya fuente de origen es una sola, o sea, el hecho ilícito de una persona por quien la empresa demandada responde civilmente de acuerdo con los preceptos contenidos en los artículos 2320 y siguientes del Código Civil (considerando 10);

9º Que, en estricta relación con lo expuesto en el considerando precedente, resulta ajustado a derecho el fundamento 12, letra b) del fallo recurrido en el que se expresa: "Que en lo referente a la excepción de prescripción de la acción indemnizatoria de perjuicios opuesta por dicha empresa conforme al artículo 2332 del Código Civil, habría transcurrido efectivamente

en exceso el plazo que ese precepto establece para que opere la prescripción, contado desde el 29 de abril de 1934, día en que ocurrió el cuasidelito causante de la muerte de don Carlos Shirizawa Hirokazú;

10º Que en el recurso se dan también por infringidos los artículos 1546 y 707 del Código Civil, el primero de los cuales substancialmente prescribe que los contratos deben ejecutarse de buena fe, el segundo de los referidos preceptos dispone a su vez que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria;

11º Que, como ya se ha dicho, los sentenciadores han dejado correctamente establecido que la depreciación monetaria no es fuente de obligaciones en el presente juicio, la cual es una sola, o sea, *el hecho ilícito de un tercero;*

12º Que, atendido lo expuesto en el considerando precedente, no es del caso dar por infringido el artículo 1546 del Código Civil, en relación con el artículo 707 del mismo Código, supuesto que aquel precepto se refiere a que los *contratos* deben ejecutarse de buena fe y en el presente juicio no se aduce la existencia de contrato alguno sino que, como dice el fallo recurrido, se trata de un hecho ilícito que es fuente de obligaciones con arreglo a lo prescrito en el artículo 1437 del Código Civil.

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, visto además lo dispuesto en los artículos 787 y 809 del Código de Procedimiento Civil, se desechan los recursos de casación en la forma y en el fondo, con costas en que se condena solidariamente al litigante que los ha interpuesto y al abogado que aceptó el patrocinio de los referidos recursos.

Aplicar a beneficio fiscal las cantidades de ochenta y cinco escudos y de siete escudos consignadas.

Redacción del Ministro señor Manuel Montero Moreno – Pedro Silva F. – Manuel Montero M.– Julio Espinosa A.– Ramiro Méndez B.– José M. Eyzaguirre E.– Víctor Ortiz C.– Urbano Marín R.

Este ensayo es una reflexión sobre la acción y para la acción. A la vez, perspectiva sobre el derecho e instrumento para guiar la argumentación ante el caso concreto. Una propuesta para comprender mejor la argumentación que se ve y para ser más eficaz en la que se hace.

El abogado –sea juez, litigante o asesor– no argumenta para describir el mundo sino para intervenirlo. No es un técnico en leyes que da cuenta descomprometida del sistema, sino un profesional que quiere dar determinada solución a un problema. De las dos grandes vertientes culturales de Occidente: la *filosófica*, que persigue el decir universal y fundado; y la *política*, que busca el hacer particular y consensuado, el abogado ha sido siempre conductor de esta última. No dice las verdades de un sistema, sino que busca hacer el bien ante el problema. Y esto lo hace mediante los argumentos con que logra que otros actúen para producir la solución buscada.

Esta argumentación *actuante* del abogado se apoya en tres instrumentos discursivos: la narración de los hechos, el uso de la tradición (incluidas las leyes) para darle nueva vida aquí y ahora, y la adaptación al auditorio. Poética, hermenéutica y retórica, pilares de los *studia umanitatis* del Renacimiento, son las armas con que el abogado enfrenta el conflicto como profesional de las humanidades.

El texto se mueve de manera continua entre la reflexión filosófica sobre lo que *hace* el abogado y el análisis detallado de ejemplos prácticos y sentencias judiciales contenidas en el anexo así como en el cuerpo del estudio.

ACCESO ABIERTO

ISBN 956-10-1574-9
9 789561 015746

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE